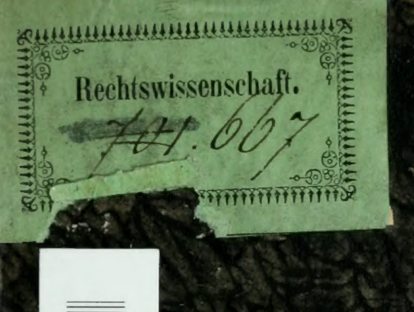


Rechtswissenschaft.



3 1761 07464790 0

Polemik
des
germanischen Rechts
Land- und Lehnrechts
(jus controversum germanicum privatum et feudale.)

Zweiter Theil.

Nach
den Systemen
des
Herrn Geheimen Rath Prof. Dr. Mittermaier
und
Geheimen Rath Dr. Böhmer

bearbeitet
von

Dr. Carl Aug. Gründler,
Königl. Bay. Hofrath und ordentl. Lehrer der Rechte
zu Erlangen.

Merseburg,
Verlag der Buch- und Kunsthandlung von
Fr. Weidemann.
1833.


LIBRARY
FEB
3
1964
OF TORONTO
UNIVERSITY

Inhaltsanzeige.

III. Buch.

Recht der Forderungen.

A.

Aus erlaubten Handlungen.

B.

Aus unerlaubten Handlungen.

IV. Buch.

Von den Gerechtigkeiten, welche aus den Hoheitsrechten des Staats hervorgehen und damit zusammenhängen.

III. Buch.

Vom Rechte der Forderungen.

A.

Forderungen aus erlaubten Handlungen.

§. 255 (M. §. 188.)

Die Lehre des römischen Rechts über die Unklagbarkeit gewisser Verträge hat in Deutschland keinen Eingang gefunden

Ein jeder Vertrag, der die allgemeinen Erfordernisse hat, ist nach gemeinem Rechte verbindlich, bewirkt eine Klage; [a])

a) Von jeher war dieser Grundsatz in Deutschland anwendbar, es galt die Parömie: ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann. Eisenhardt, Gr. d. d. Rechts in Sprüchwörtern S. 339. u. s. f.

es kann daher die Bestimmung des römischen Rechts, [b]) daß die pacta nuda unklagbar sind, keine Anwendung finden.

b) L. 7, §. 4 D. L. 10. 21. 28. C. de pactis verbunden mit L. 27. C. de loc. cond.

Hiermit stimmen überein: Mästertius, (de justitia leg. rom. Sect. 3. §. 1.) Mevius, (Pr. decis 408.) Carpzov, (P. 2. const. 19. def. 17.) Stryck, (usus mod. Pand. Lib. 2. Tit. 14. §. 1.) Leyser, (medit. ad. P. Sp. 39. med. 4.) Imhof, (an omnes contractus juxta usum fori germanici sint consensuales. Helm. 1714.) Orth, (Anmerk. z. Frankf. Reformation Th. 1. S. 5.) Danz, (Handbuch des deutsch. Privatr. B. 2. S. 153.)

Curtius, (chursächs. Privatr. Th. 3. S. 208.) Weishaar, (würtemb. Privatrecht Th. 3. S. 8.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Cod. Maximil. bav. Th. 4. c. 153.

Dagegen behaupten Einige: als Müller, (observat. pract. ad Leyser. Vol. 1. fasc. 2. p. 90.) Walch, (Introd. in controv. jur. civil. p. 452.) Cocceji, (jus controvers. Lib. 2. tit. 14. 9. 2. p. 198.) daß noch heutigen Tages aus einem pacto nudo kein Klagerecht begründet werde, weil selbst nach römischen Begriffen es in einer solchen Einwilligung bestände, die man ohne Absicht, sich wirklich zu verbinden, erklärt hätte.

Allein diese Meinung ist schon deßhalb zu verwerfen, weil, wenn die Römer dieß wirklich angenommen, sie unmöglich auch aus dergleichen nudis assertionibus eine Einrede oder Compensation hätten zulassen können.

Andere vertheidigen deßhalb die Anwendung des römischen Rechts, weil es überhaupt recipirt sey. H. Cocceji, (de usu et differentia hodiernorum pactor. et stipul. Frf. 1692.) Bodini, (vindiciae pactorum jur. rom. ad demonstrandum, nec hodie ex nudo pacto actionem competere. Hal. 1696.) Pestel, (aequitas doctrinae roman. de pactis nudis adserta. Rint. 1748.) von Selchow, elem. jur. germ. §. 459.) Allein nicht alles, was in dem römischen Recht enthalten, ist recipirt.

§. 256. (M. §. 188. not. 1.)

Der in dem römischen Rechte gemachte Unterschied zwischen contractus bonae fidei et stricti juris ist in Deutschland unanwendbar.

Der Unterschied beruht auf dem Formularwesen der Römer, welches in Deutschland nicht angenommen ist. Der Richter hat sich nicht an die Contractsformel zu binden, sondern muß auf die Absicht der Contrahenten, auf die Billigkeit und natürlichen Bestimmungen Rücksicht nehmen. c) Auch gehört der ganze Unterschied seit dem R. Deput. Abs. v. 1600. §. 139. eher zu den Instituten, wel-

welche in den Lehrbüchern mehr als in Gerichten vorkommen.

a) Einer der deutschen Verträge könnte, insofern als bei demselben blos auf die Worte Rücksicht genommen wird, zu den st. jur. cont. gezählt werden, nämlich der Wechselcontract.

Hiermit stimmen überein: Höpfner, (Comment. über die Institutionen. §. 751. §. 1152.) Gmelin und Elsässer, (gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. B. 2. §. 100.) Weber, (Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie v. h. Gebrauch des r. R. §. 4. S. 27.) Runde, (Gr. des deut. Privatr. §. 184.) Glück, (Pandecten Comment. Th. 4. §. 310.) Danz, (Handbuch des deut. Privatr. Th. 2. S. 153.) s. a. Cod. Max. bav. Th. 4. K. 1. §. 3. Andere als v. Selchow, (elem. jur. germ. §. 459.) Eichhorn, (Einl. z. d. PR. §. 92. not. b.) nehmen das Gegentheil an.

§. 257.

Das pactum de contrahendo ist verbindlich.

Jedes Versprechen, mit einem Andern einen Vertrag eingehen zu wollen, ist alsdann verbindlich, wenn die Punkte des künftig einzugehenden Contracts bestimmt sind, und zwar darum, weil nach dem römischen Recht eine stipulatio de mutuo dando de permutando den Versprechenden verbindet und eine Klage gegen ihn bewirkt. d)

d) L. 68. D. de V. O. Quodsi, sagt Paulus, ita stipulatus fuero: Pecuniam te mihi crediturum spondes? Jncerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. L. 3. C. de rei permut. Ex placito permutationis, nulla re secuta constat, nemini competere actionem, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus obligationem.

Da nun aber nach dem jetzigen Recht ein bloßer Vertrag die nämliche Wirkung hat, welche bei den Römern die Stipulation hatte, so muß auch ein bloßer Vertrag, mit einem Andern ein Darlehn oder sonst einen Contract eingehen zu wollen, den Promittenten verbindlich machen und eine Klage bewirken.

Hiermit stimmen überein: Guden, (Lib. 3. de jur. noviss. C. 51.) Grönewegen, (ad L. 3. C. de rer. permut.) Leyser, (spec. 39. med. 6. 7.) Wernher, (P. 3. obs. 97. und in suppl. nov. ad. P. 2. obs. 380.) Horn, (rep. 28. p. 640.) Berger, (resolut. Lauterbach. Tit. de pact. p. 77.) Titius, (ad Lauterb. obs. 57. not. 6.) Estor, (im d. Recht. §. 3492.) Stryck, (usus mod. Lib. 2. tit. 14. §. 6.) Griesinger, (Com. üb. d. würt. LR. Th. 1. §. 5.) Höpfner, (Comment. über d. Inst. §. 763. not. 5.) Danz, (Handbuch des deut. Privatr. Th. 2. S. 162.) s. Pr. L.R. Th. 1. 5. §. 8. 11. §. 654.

Dagegen wird von Andern das Gegentheil darum angenommen, weil durch ein solches Versprechen kein Vertrag begründet werde und aus einem unvollkommenen Geschäft kein Recht entstehe, [e])

e) §. 7. in fin. J. q. m. test. infer.

denn da nach der Natur des Gegenstandes, besonders bei Geschäften, die dem deutschen Recht eigen sind, eine besondere Form nothwendig sey, wenn eine vollkommene Obligation entstehen soll, so verdient die Ausdehnung, in welcher den sogenannten pactis de contrahendo die Klagbarkeit zugesprochen werde, keine Begünstigung; überdieß sey auch bei den meisten Geschäften, wo ein solches pactum von dem Contract unterschieden werden könnte, wegen der Unbestimmtheit der Vereinigung, dieser Unterschied selten praktisch, desto häufiger aber eine Quelle von Rechtsstreitigkeiten. Dieser Meinung sind: Lauterbach, (D. de arrha §. 104. und coll. th. pr. T. 1. p. 191.) Graß, (D. de pact. futur. cont. praep. §. 33.) Schweder, (D. de except. non impleti contractus §. 7.) Frommann, (D. de contr. nomin. et innom. differentiis §. 7 — 15.) Harpprecht, (consilia Vol. 3. C. 281. n. 46.) Engel, (jus. canon. Lib. 3. tit. 17. not. 2.) Walch, (Introd. in controv. i. civil. p. 453.) Eichhorn, (Einleitung §. 92.) [f]) Hiermit stimmt auch das würtemberg. Landrecht Th. 2. tit. 21. überein. Das öster. Gesetzb. art. 936. hält dergleichen Verabredung nur als=

dann für verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung als die wesentlichen Stücke des Vertrags bestimmt und sich die Umstände nicht dergestalt geändert haben, daß dadurch der Zweck vereitelt wird.

f) Griesinger sagt, alle ihre Einwürfe beweisen nichts und es sind nur schwache Stöße, die den Coloß nicht umwerfen können. (!!)

§. 258. (M. §. 188.)

Der Grund der Verbindlichkeit eines jeden Vertrags, der die allgemeinen Erfordernisse hat, ist nicht in dem canonischen Recht enthalten.

Gewöhnlich wird angenommen, daß der Grund der Verbindlichkeit der Verträge in dem C. 1. 3. X. de pactis seinen Grund habe. Böhmer, (ius eccles. Protest. L. 1. Tit. 35. §. 6.) Mittermaier, (a. a. O. S. 444.) Allein richtiger ist wohl, wenn man das Gegentheil annimmt und den Grund vielmehr darein setzt, daß einmal keine der Stipulation in Form und Bedeutung ähnliche Art der Einwilligung zu erklären in Deutschland gewöhnlich war und daher die gelehrten Juristen, dem allgemeinen Gebrauch zu Folge, sich mit der in jeder Form geschehenen Vereinigung auch da begnügten, wo eine Stipulation erforderlich gewesen wäre, selbst nachdem sie einsahen, daß mit der Aufhebung des Gebrauchs feierlicher Worte im neuern römischen Recht noch keinesweges jeder Vertrag eine Stipulation geworden sey.

Hiermit stimmen überein: a Costa, (ad decretal. L. 1. tit. 25. p. 223.) Schilter, (Exercit. ad. Pand. VIII. §. 5.) Stryck, (usus mod. Pand. Lib. 2. tit. 14. §. 1 — 3) Glück, (PComment. B. 4. §. 312.) Höpfner, (Commentar §. 747. not. 7.) Eichhorn, (Einleitung z. d. PR. §. 92. S. 272)

§. 259. (M. §. 188. not. 5.)

Das römische Recht ist unanwendbar bei Verträgen zum Vortheil eines Dritten.

Ob die Bestimmung des römischen Rechts: daß aus Verträgen, welche zum Besten eines Dritten abgeschlossen

worden, es sei Kraft vorhandenen Auftrags oder nicht, eigentlich nur derjenige, welcher contrahirt hat, ein Recht erhalte und daß dieses Recht von ihm vorerst auf den Dritten abgeleitet werden müsse: annoch anwendbar sey? ist bestritten.

Einige: als Struben (rechtliche Bedenken Th. 3. not. 2.) und Schmidt (von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 703.) nehmen an: daß in dem neuern römischen Recht der Satz enthalten sey, daß überhaupt ein Dritter sodann aus Verträgen Anderer klagen könne, wenn er einen Vertrag vor sich hat, welchen Jemand zu seinem Besten mit dem Beklagten abgeschlossen, und vor seiner, des Klägers Genehmigung nicht wieder aufgehoben hat, ohne darauf zu sehen, ob der eigentliche Contrahent für sich einen Nutzen und Interesse aus dem Handel habe oder nicht.

Allein weder aus der L. 5. §. 9. D. de constit. pecunia, noch aus der L. 3. C. de donat. worauf berufen wird, läßt sich der Satz herleiten.

Andere behaupten, daß der Grundsatz im canonischen Recht begründet sey: Alph. de Olea, (de cess. Tit. 4. qu. 9. not. 34.) Noch Andere nehmen zum Gerichtsgebrauche und der Praxis ihre Zuflucht, als: Mevius (Deciss. P. 4. Decis. 112. not. 45.) Mehrere behaupten die Anwendbarkeit des römischen Rechts überhaupt: Harpprecht, (Cons. 30. not. 344.) Mittermaier, (a. a. O.)

Allein nach der richtigen Meinung ist das römische Recht in dieser Lehre darum unanwendbar, weil die Gründe dieser Gesetze bei uns nicht statt finden, vorzüglich aber das Hauptprincip, worauf die ganze Legislation in dieser Materie sich stützt: daß man nämlich durch einen freien Menschen kein Recht erwerben könne, blos der römischen Verfassung und Form der Verträge eigen und in Deutschland nie angenommen worden ist. Es ist daher weder eine Cession, noch nützliche Klage nothwendig, um dem Dritten, zu dessen Besten der Vertrag geschlossen, ein Recht daraus beizulegen, sondern genügend, wenn er die zu seinem Besten geschehene Zusage acceptirt hat, ehe die eigent-

lichen Contrahenten davon zurückgetreten sind; auch kommt es darauf nicht an: ob der, welcher für einen Dritten sich etwas hat versprechen lassen, ein Interesse dabei habe, oder nicht. Diese richtige Meinung vertheidigen: Wernher, (P. 1. obs. 182.) Leyser, (Spec. 519. med. 4.) Stryck, (usus moder. L. 2. tit. 14. §. 12.) Pufendorf, (Tom. II. obs. 38. §. 20.) Fr. Becmannorum, (consil. et dec. T. 1. Resp. 5. p. 89.) Weber, (von der natürl. Verbindlichkeit S. 407.) g)

g) Die Frage: ob der Promittent, welcher versprochen, einen Dritten zu einer Leistung zu bewegen, dessen Bemühung aber fruchtlos war, von seiner Verbindlichkeit frei, oder dem Promissar das Interesse zu leisten schuldig sey? ist ebenfalls bestritten; s. v. Glück, (Commentar über die Pandecten Th. 4. S. 209.) er ist der Meinung, welche Otto, (in Comment. ad §. 3, J. de inutil. stip.) Höpfner, (in Comment. über die Inst. §. 737.) vorzüglich Hert, (in Diss. de obligat. alium daturum facturumve Sect. 1. §. 8. und in opusc. T. III. p. 370.) vertheidigen, nach welcher zu unterscheiden ist: ob das Versprechen, daß ein Dritter etwas leisten solle, auf eine solche Art geschehe, daß es eine Intercession enthalte, oder ob dieses nicht sey; in dem ersten Falle sey der Promittent zur Leistung verbunden, wenn er gleich alles gethan, um den Dritten zur versprochenen Leistung zu bringen; im andern Falle aber sey darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Promittent den Werth oder die Valuta desjenigen erhalten, was der Dritte leisten soll oder nicht; im erstern Falle sey der Promittent für den Erfolg seines Versprechens von Seiten des Dritten schlechterdings zu haften verbunden, z. B. bei dem traßirten Wechsel; im letztern Falle aber komme es wieder darauf an, ob der Promittent sich ausdrücklich zur Leistung des Interesse verbindlich gemacht, oder ob dieses der Fall nicht sey; in diesem Falle sey der Promittent nur zum möglichsten Fleiß verbunden, hätte er diesen, obgleich vergeblich, angewandt, so sey er von seinem Versprechen frei.

§. 260. (M. §. 189. a)

Die au porteur lautenden Papiere sind nicht als Schuldscheine anzusehen.

Eine Schuldverschreibung setzt ein Darlehn voraus, dieses begründet die Verbindlichkeit zur Rückzahlung der dargeliehenen Summe und der Schuldschein wird ausgestellt, sowohl um das erstere als die letztere nöthigenfalls erweisen zu können.

Die aus dem Darlehn entspringende Forderung gehört zu den relativen Vermögensrechten, d. h. zu solchen, welche nur in Bezug auf die besonderen, zwischen mehreren

Personen bestehenden Rechtsverhältnisse, nicht allein in Bezug auf jene Sache oder deren Besitz, geltend gemacht werden können.

Wer nicht durch jenes Verhältniß die Forderung ursprünglich selbst erworben hat, oder wem nicht die Ausübung derselben unmittelbar oder mittelbar von dem ersten Erwerber derselben überlassen worden, der kann daraus keinen Anspruch geltend machen.

Die auf jeden Inhaber lautenden Papiere unterscheiden sich von Darlehnsverschreibungen

1) in Ansehung der Vindication, indem diese gegen den Inhaber eines solches Documents, wenn er es nicht unentgeldlich erworben, ausgeschlossen ist, er ein ganz selbstständiges Recht hat, welches nicht an die Bedingung einer regelmäßigen Uebertragung von dem ersten Erwerber bis auf den jedesmaligen Inhaber, sondern nur an den Besitz geknüpft ist. Auch der Dieb eines solchen Documents kann einem redlichen Besitzer alle Rechte übertragen, die der erste Erwerber besessen hat. Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß der Besitz nicht blos eine Vermuthung, sondern ein wirkliches Recht begründet. [h]) (§. 263.)

h) v. Gönner, Archiv f. d. Gesetzgebung B. 1. n. 27. desselben Beitr. zur Jurisprudenz der Deutschen B. 1. n. 3. Ebend. Ueber Staatsschulden S. 235. Hiermit stimmen auch die Particulairgesetze überein PLR. Th. 1. tit. 15. §. 47. Oestr. Gesetzb. §. 371. Frankf. Verordn. v. 8. Juli 1817. Bayer. Verord. v. 17. Aug. 1813. und 12. März 1817.

2) Durch den bloßen Besitz einer Schuldverschreibung entsteht für den Inhaber keine solche Ligitimation, daß sie ihm auf rechtmäßige Art übertragen sei; gegen einen redlichen Besitzer einer Verschreibung au porteur, kann die Untersuchung der legitimen Uebertragung nicht gestattet werden.

3) Schuldverschreibungen können von Jedem ausgestellt werden, nicht so diese Verschreibungen, indem sie blos vom Staate ausgegeben werden können, oder von Personen, denen eine besondere Erlaubniß vom Staate

ertheilt ist, indem sie als conventionelles Papiergeld zu betrachten sind.

4) Schuldverschreibungen brauchen nicht nothwendig durch einen onerosen Titel erworben zu sein, welches aber bei diesen Verschreibungen sein muß, um den redlichen Besitzer vor der Vindication zu sichern. [hh]) Der Grund hiervon ist der: um ein sich leicht im Verkehr bewegendes Papier zu schaffen, creirte man Obligationen au porteur. Man befürchtete, daß der Inhaber einer solchen Obligation nie sicher vor Vindicationen früherer Besitzer sein würde; deswegen und weil es ihre Natur erfordert, wurde die Vindication gegen den redlichen Besitzer ausgeschlossen; indem man aber fand, daß es hart sein würde, wenn der Eine sich unentgeldlicher Weise mit einem solchen Papier bereichern würde, während der Andere, dem es gestohlen worden, um so viel verarme, so ließ man die Vindication in diesem Falle ausnahmsweise zu.

hh) Gönner, (über Staatsschulden S. 237 behauptet d. Gegentheil.)

Die Verschreibungen au porteur sind für conventionelles Papiergeld zu halten und wenn gleich Gönner, (von Staatsschulden, deren Tilgungsanstalten und Handel mit Staatspapieren, München 1826. § 56.) der Meinung ist, daß sie sich wesentlich vom Papiergeld unterscheiden, so wie Geld und Forderung (pecunia et nomen), so kann dieß blos in Ansehung der Entstehung gesagt werden, in sofern sie nur gegen eine Geldzahlung ausgestellt werden, wogegen das gewöhnliche Papiergeld vom Staate einseitig ausgestellt und in Circulation gesetzt wird, ohne daß er dafür von einem Dritten Metall erhält.

Wenn Papiere au porteur einmal emittirt sind, dann muß von der Forderung (nomen) gänzlich abstrahirt werden, da bei ihrer weitern Uebertragung alle Regeln wegfallen, welche bei diesen in Ansehung der Forderungen zu beobachten sind.

Wenn man als Requisit und unterscheidendes Merkmal vom Papiergeld fordert, daß es als Wechsel oder Waarenzahlung gegen den Willen des Gläubigers gebraucht wer-

den könne, so unterscheiden sich hiervon auch die lettres au porteur. Diese Behauptung ist streng genommen allerdings richtig, in sofern man unter dem eigentlichen Gelde ein allgemein gültiges Circulationsmittel verstehen kann. Allein dennoch darf nicht vergessen werden, daß im strengen Sinne auch jede geprägte Münze nicht als Geld contrahirt werden kann, wenn sie keinen gesetzlichen Cours hat, noch weniger fremdes Papiergeld, sondern beide sind nur Waare. Einer solchen müssen sie juristisch vollkommen gleich gestellt werden; allein factisch ist ein fremdes Papiergeld auch von dieser wieder sehr verschieden, in sofern es keinen innern, sondern nur als Tauschmittel, einen äußern Werth hat.

Solchem Papiergeld sind nun die Papiere au porteur ganz gleich, nur bleibt der Unterschied, daß letztere durch eine Geldzahlung entstehen, nicht aber ersteres. Der Grund der Entstehung ist aber etwas äußerliches, was die innere Natur nicht verändert. Es ist ganz irrig, wenn man bei diesen Verschreibungen von fortwährenden Beziehungen auf das Darlehn spricht. Wie läßt sich aber das Problem lösen: daß jede Beziehung auf das Darlehn wegfalle und solche Papiere doch durch ein Darlehn entstanden sind? Dieß läßt sich leicht erklären, denn das ganze Geschäft, wodurch Papiere au porteur creirt werden, ist wie ein Tausch anzusehen, wo der eine Theil Metallgeld, der andere conventionelles Papiergeld giebt; letzteres erhält blos dadurch einen Werth und wird gegen Metall angenommen, weil es dem Besitzer zu verschiedenen Zeiten Früchte bringt, bestehend in einer Quote des nominellen Capitals (Zinscoupons), oder in einer unbestimmten Prämie (Lotterieloos). Dieser Meinung ist: Souchay, (über die Natur der auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen; im Archiv für die civilist. Praxis 10ter B. 1tes Hft. S. 143.) Dagegen sind die meisten Rechtslehrer der Meinung, daß die lettres au porteur die Natur von Schuldscheinen haben, jedoch mit dem Unterschiede, daß jeder Inhaber ohne weitern Nachweis seines Uebergangstitels das durch die Urkunde begründete Recht geltend machen könne; der

Besitz legitimire den Inhaber hinlänglich und es entstehe dadurch die Vermuthung, daß er rechtlicher Weise zum Besitz gekommen sei.

Dieser Meinung sind: v. Glück, (PCom. B. 16. S. 439 — 442.) Pfeiffer, (pract. Ausführungen aus allen Theilen der RW. S. 44. 45.) Bender, (Beilageheft z. Archiv f. civil. Praxis B. 8. §. 6. 7.)*)

*) Dieser ist der Meinung, daß die Vindication deshalb wegfalle, weil der Grundsatz gelte: Hand muß Hand wahren; wogegen sich aber doch Manches einwenden läßt.

Der Unterschied zwischen Schuldverschreibungen und der auf jeden Inhaber lautenden Urkunden wird also darein gesetzt, daß bei ihnen der Besitz die Vermuthung einer rechtlichen Uebertragung begründet, gegen welche Vermuthung jedoch, nach richtiger Meinung, der Beweis des Gegentheils nicht versagt werden könne.

Man könnte wohl sagen, daß wenn sich der Gläubiger von seinem Schuldner eine auf jeden Inhaber lautende Schuldverschreibung ausstellen lasse, der Erstere durch dieses concludente Factum zu erkennen gebe: er wolle, bei Präsentation jener Verschreibung zur Zahlung durch irgend einen Dritten, von dem Schuldner nicht die Prüfung des diesem Dritten auf dieselbe zuständigen Rechtstitels verlangen, sondern aus dem Besitz des Documents solle der Schuldner die Richtigkeit präsumiren und demnach gültige Zahlung leisten dürfen. Der Schuldner, könnte man sagen, giebt durch die Ausstellung einer solchen Verschreibung zu erkennen, daß er bei Präsentation derselben durch irgend einen Dritten, sich nicht durch die Einrede der fehlenden Legitimation von der Zahlungsverbindlichkeit befreien, sodern diese als durch den Besitz berichtigt ansehen wolle. [i]

i) Von dieser Ansicht scheint auch das Pr. Landr. Th. 1. tit. 15. §. 47 — 51. und Th. 2. tit. 8. §. 763. ausgegangen zu sein.

Allein wenn bei der Präsentation eines solchen Papieres dem Inhaber erwiesen werden könnte, daß eine Lücke in der regelmäßigen Uebertragung desselben von dem ersten Erwerber bis auf ihn statt finde, sodaß einer seiner Vor=

männer ohne allen rechtmäßigen Titel solches erworben habe, dann müßte nach jener Ansicht die Präsumtion wegfallen und selbst dem redlichen Besitzer würde ein solches Papier ohne Werth sein. Eine solche Annahme würde aber durchaus gegen die Natur einer Schuldverschreibung sein, welche sich stets auf das zwischen den Contrahenten geschlossene Darlehn zurückziehen muß und nur für den Rechte begründen kann, welchem deren Ausübung von dem Darleiher unmittelbar oder mittelbar übertragen worden ist.

§. 261. (M. §. 189. a)

Das Staatspapier ist als das Forderungsrecht selbst, nicht als accessorium anzusehen.

Eine Schuldforderung, bei welcher die hierüber ausgestellte Urkunde den Namen des Gläubigers ausdrückt, hat einen bestimmten Eigenthümer, und die Urkunde erscheint als ein Accessorium des dem Gläubiger zustehenden Forderungsrechts. Verlangt er zufolge dieses Rechts die Urkunde von einem dritten Besitzer, so ist nicht das Recht der Forderung selbst, sondern blos die Urkunde als dessen Zubehör der Gegenstand der Klage; er kann sonach die actio ad exhibendum oder die rei vindicatio gegen den dritten Besitzer anstellen.

Ganz anders verhält es sich aber bei den auf jeden Inhaber lautenden Schuldurkunden; hier ist das Recht der Forderung der Gegenstand der Klage, und die Urkunde erscheint nicht als ein Accessorium, nicht als etwas von dem Forderungsrechte selbst körperlich verschiedenes, sondern sie fließt mit diesem Recht in Eins zusammen.

Bei der gewöhnlichen Schuldforderung steht das Recht, in Folge dessen die Urkunde als dessen Accessorium vindicirt wird, unstreitig fest, hier aber, bei den lettres au porteur, ist das Recht selbst im Streit und die Urkunde ist nicht als dessen Accessorium, sondern als das Recht selbst zu betrachten, weil der Inhaber derselben durch die Urkunde als Gläubiger bezeichnet wird, und das Inhaben derselben das einzige Merkmal ist, an dem man den Eigenthümer der For-

derung erkennen kann, nach dem man also bei dem Verkehr sich zu richten hat.

Dieß ist auch der Grund, warum es bei der Vindication der Staatspapiere auf den Unterschied ankommt, ob sie auf den Namen des Gläubigers gestellt sind, oder auf jeden Inhaber lauten.

Diese Meinung vertheidigt Gönner, (über Staatsschulden §. 70. S. 234.)

Das Gegentheil nehmen an: Kerstorff, (über die Schutzmittel d. Eigenthums an Papieren au porteur. Würzburg 1828. S. 54.) Mittermaier, (a. a. O.) welcher der Meinung ist, daß zwar diese Ansicht zur Sanctionirung für eine neue Gesetzgebung zu empfehlen, aber nicht gemeinrechtlich nachzuweisen sey.

§. 262. (M. §. 189. a)

Aus Lieferungsgeschäften über Staatspapiere entspringt ein Klagerecht.

Der Kauf über Lieferung auf Zeit (marché a terme) der Staatspapiere besteht in der Eingehung der Verbindlichkeit eines der Contrahenten, in einer bestimmten Zeit zu einem gewissen Cours eine gewisse Anzahl von Staatspapieren an den andern Contrahenten, der die Uebernahme um einen gewissen Cours verspricht, zu liefern.

1) Wird auf die Lieferung der Staatspapiere zu einer gewissen Zeit geklagt, so sind die Grundsätze vom Kauf in Anwendung zu bringen. [1]) Daß hier ein Scheinkauf zu Grunde liege, kann im Allgemeinen nicht angenommen werden, und ist nach dem Zeugniß der Erfahrung zu widersprechen. Liegt ein solcher zu Grunde, so kann der Gegner den Einwand der Simulation vorschützen.

1) Gutachten über die Frage: Ob die Gesetzgebung den Lieferungshandel mit Staatspapieren verbieten soll? Leipzig 1825. Augustin u. August, (Ueber die Vertheidigung des Handels mit Staatspapieren. Leipzig 1825.)

2) Betrifft die Klage die Coursdifferenz, so liegt bei dem Geschäft eine Wette zu Grunde, welche im Allgemeinen eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt; es ist

kein Spielvertrag, denn die Contrahenten geben sich nicht, wie bei dem Spiel der Fall ist, dem bloßen Zufall hin, sondern sie vertrauen ihrer eigenen Einsicht, ihrer Combinationsgabe, ihrem Scharfsinne, ihrer Fähigkeit, aus den Verwickelungen der Gegenwart die Entwickelung der Zukunft zu erkennen. Wenn gleich hier Hoffnung auf gut Glück in Anschlag kommt, so geschieht dieß nur gerade so wie bei allen Speculationen, deren Gewinn erst in der Zukunft liegt; es wird auf den Zufall nur als Hülfs-, nicht als Hauptmacht gerechnet, wo dagegen bei allen Spielen, mit Ausnahme der ludi virtutis, blos der Zufall obwaltet.

Die Wette betrifft den Cours, welchen die Waare zur festgesetzten Lieferungszeit haben wird. Der Käufer wettet, der Cours werde höher stehen als der bedungene Kaufpreis, der Verkäufer wettet das Gegentheil. Jeder erwartet Gewinn, nicht von dem blinden Zufall, sondern von der Richtigkeit seiner Berechnung.

Hierbei kommt nun aber noch Folgendes in Betracht:

1) Es ist nicht ungewöhnlich, wenn nicht der Vertrag durch mündliche Verabredung oder Schluß eines Censals geschlossen, daß bei Eingehung des Vertrags ein Engagementsbrief gefertigt wird, welchen der Kläger zum Beweise seines Klagegrundes vorlegt.

Gewöhnlich wird vom Kläger sofort z. B. durch Notariatsinstrumente bescheinigt, daß er seiner seits zu der im gegnerischen Engagementsbriefe bestimmten Lieferungszeit die Erfüllung des Geschäfts angeboten, und zugleich den Beklagten — ohne Erfolg — zur gleichmäßigen Erfüllung aufgefordert habe.

Wie nun, wenn diese, allerdings eine Acceptation enthaltende Erklärung des Klägers, erst einige Zeit nach Zufertigung des beigebrachten Engagementsbriefs erfolgt war, oder wenn Kläger überhaupt zu beweisen außer Stande ist, daß er das vom Gegner erwartete Eingeständniß als bald erklärt habe, kann dann die von dem Kläger vor Ablauf der vorgeschlagenen Lieferungszeit nachgetragene Acceptation für den Beklagten noch verbindlich seyn? Ist überhaupt in Fällen dieser Art die Annahme der Offer-

te an eine Zeit gebunden, so daß der Empfänger des Offertebriefs — ohne vorgängige Erklärung — die Acceptation noch am Ausgange des zur Erfüllung bezeichneten Zeitpunktes durch nunmehriges Anerbieten des Vollzugs und Aufforderung zur Gegenleistung rechtlich wirksam zugleich äußern und bethätigen kann? Diese Fragen sind zu verneinen.

Das Fallen und Steigen der Staatspapiere kann ein Werk von wenigen Tagen seyn, ein Tag kann den Horizont der Börsenwelt plötzlich verändern; daher kann der Promittent nicht verbunden seyn, die Acceptation Wochen oder gar Monate lang zu erwarten: man kann auch nicht verlangen, daß der Offerent, wenn er nur kurze Frist an sein Wort gebunden seyn wollte, diese Beschränkung seinem Anerbieten ausdrücklich beifügen, oder doch den Widerruf alsbald erklären müßte. Denn jene Beschränkung versteht sich von selbst, es liegt in dem nothwendigen tacitum der Willenshandlung, daß der Anerbietende die jenseitige Erklärung sobald als möglich erwartet und nicht gesonnen ist, im Fall einer Verzögerung derselben an sein Wort gebunden zu bleiben; wohl aber kann er, bevor die Acceptation erfolgt ist, sein Versprechen jederzeit widerrufen.

Aber wenn nun solche Ereignisse eintreten, welche den Widerruf rathsam machen, so wird wohl in vielen Fällen der Gegner aus Rücksicht auf dieselben Ereignisse gleichzeitig die Erklärung der Acceptation beeilen.

Es ist hier wohl dasjenige zur Anwendung zu bringen, was das Pr. L.R. Th. 1. tit. 5. §. 94. u. s. f. wegen der Zeit der Acceptation festgesetzt hat.

Wenn die Personen an demselben Orte wohnen, so muß die Erklärung auf die schriftliche Anfrage binnen 24 Stunden erfolgen. Ist der Antrag unter Abwesenden schriftlich geschehen, so kommt es auf den Zeitpunkt an, da der Brief an dem Orte, wo der Andere sich aufhält, nach dem gewöhnlichen Laufe der Posten hat eingehen können; mit der nächsten fahrenden oder reitenden Post, welche nach diesem Zeitpunkte abgeht, muß der Antrag beantwortet werden.

Bender (Ueber Verkehr mit Staatspapieren §. 39.) hat jene Frage bejaht.

2) Die Frage: Ob die Deposition der Staatspapiere als Realoblation nothwendig sey, um den Gegner in mora accipiendi und in Folge dessen noch in mora solvendi zu versetzen? ist bestritten.

Nach der Natur der Sache tritt die mora accipiendi schon dadurch ein, daß der, welcher empfangen soll, auf das wörtliche Anerbieten der Leistung, verbunden mit der Aufforderung zur Gegenleistung, ungegründete Ausflüchte macht. *)

*) Mevius Deciss. P. 8. Dec. 33. Non potest alicui imputari, cur non solvat aut realiter offerat, cum creditor se non recepturum esse dicit.

Wenn Jemand eine ihm obliegende Leistung an dem festgesetzten Tage wirklich zu entrichten gedenkt, so muß er doch nothwendig denjenigen, welcher empfangen soll, von seiner Bereitwilligkeit mündlich oder brieflich in Kenntniß setzen; dieß ist um so nothwendiger, wenn dem Andern eine Gegenleistung obliegt und Jener einigen Zweifel hegt, ob dieser zur gegenseitigen Erfüllung bereit sey. Erklärt nun letzterer eine gleiche Bereitwilligkeit, so kommt es allerdings darauf an: ob die Worte zur That werden. Fällt die gegentheilige Erklärung anders aus, werden von dieser Seite dem wörtlichen Anerbieten Einwendungen und Ausflüchte entgegengesetzt, wird die Gegenleistung verweigert, so ist nicht einzusehen, warum das bereits zurückgewiesene Anerbieten und zwar mit reeller Vorlage des Objects wiederholt werden soll. Die reelle Oblation würde hier als bloße Formalität erscheinen und man muß es für eben so verkehrt halten, das reelle Entgegenbringen zu verlangen, bevor die Annahme zugesichert ist, als darauf zu bestehen, nachdem die Nichtannahme bereits gewiß ist.

Dieser Meinung sind: v. Weyna, (Antwort auf die Stokjobbery. Wien 1820. Ebend. in Wagner Zeitschrift für öster. Rechtsgelahrth. 1828. 6s Heft. not. 19.) Eichhorn, (Einl. z. d. PR. §. 191. S. 516.) Seuffert, (Bemerkungen über Lieferungsgeschäfte in Staats=

papieren; im Archiv f. civil. Praxis B. 9. not. 27.) Mittermaier, (a. a. O.) Andere dagegen nehmen das Gegentheil an, indem sie die Analogie von Spielverträgen hierauf anwenden, welches ganz unpassend ist; (Bender a. a. O. S. 118 — 21.) oder die Wette als unklagbar erklären, welches zwar in französischen Entscheidungen angenommen, (Merlin, repert. Tom. 8. p. 16. Tom. 17. p. 83. Prieur de la Comble des marchés à terme d'effets publics considerèes sous le rapport de la legalitè. Par. 1824.) aber in Deutschland nicht der Fall ist, (s. §. 329.) v. Gönner, (die Stokjobbery u. der Handel mit Staatspapieren. München 1820.) Ehrmann, (rechtl. Ansichten über den Handel mit Staatspapieren. Frankf. 1820.)

§. 263. (M. §. 189. a not. 3.)

Die Vindication der auf jeden Inhaber zahlbar lautenden Papiere ist gegen den redlichen Besitzer ausgeschlossen.

Es ist hier von der Vindication die Rede, nach welcher, zu Folge des Eigenthums, die unentgeldliche Herausgabe der Sache von jedem Besitzer verlangt werden kann.

A) Die Vindication der auf jeden Inhaber lautenden Urkunden ist ausgeschlossen:

1) gegen den dritten Besitzer, der diese Urkunden unter einem das Eigenthum übertragenden oder sonst unwiderruflichen Titel erhalten hat. (§. 260.) Sie hat daher statt:

a) gegen einen solchen Besitzer, der diese Urkunden nur aus einem widerruflichen oder das Eigenthum selbst nicht übertragenden Titel von dem erhielt, gegen welchen dem andern Contrahenten in Folge des bestehenden Contracts das Zurückforderungsrecht zusteht. Dieser muß zwar, sofern die Beschaffenheit der Papiere das Vindicationsrecht gegen den dritten Besitzer ausschließt, das Geschäft anerkennen, welches sein Contrahent mit dem Dritten abgeschlossen hat, weil er eigentlich zuerst von seinem Contrahenten die Abtretung der Klage gegen den jetzigen Besitzer verlangen, daher diesem dasjenige leisten muß, wozu der Contrahent selbst verbun-

den wäre; aber unter dieser Beschränkung hat er doch eine Klage gegen den jetzigen Besitzer und in soweit hat sein Contractsverhältniß zu jenem, von welchem die Papiere an den jetzigen Besitzer kommen, einigen Einfluß, obgleich nicht die Wirkung der eigentlichen Vindication. Dieß ist der Fall, wenn die Urkunden verpfändet und der Gläubiger solche sub pacto de retrovendendo verkauft hat; in diesem Falle kann der Schuldner ex jure cesso gegen Ersatz des Kaufgelds die verpfändeten Papiere von dem Käufer zurückfordern. Die Herausgabe kann hier nicht in Folge des Eigenthums und auch nicht unentgeldlich verlangt werden, sondern nur in Folge des Rechtsverhältnisses, in welchem der jetzige Besitzer zu demjenigen steht, dessen Rechte ex cessione geltend gemacht werden. Das Nämliche findet statt, wenn die Urkunden vom Depositar unbefugter Weise verpfändet wurden, wo Deponent mittelst actione depositi den Depositar zur Auslösung der Urkunden oder zur Abtretung der Klage gegen den jetzigen Besitzer als Pfandgläubiger anhalten und dann von diesem, gegen Bezahlung der Pfandschuld, die Zurückgabe der verpfändeten Papiere durch die actio pignoratitia verlangen kann. [m])

m) Alles in Gemäßheit des römischen Rechts. L. 7. pr. D. de distract. pign. L. 5. §. 12. D. commodati. Vergl. Kind, Quaest. for. T. 1. C. 96. v. Bülow, Abh. über einzel. Materien d. bürgerl. Rechts B. 1. n. 17.

b) Sie hat ferner statt, gegen den, welcher die Papiere von dem jetzigen Vindicanten erhalten hat. Denn es leidet keinen Zweifel, daß derjenige, der sie nur als Commodat, Depositum oder Pfand hingegeben hat, von jenem, der sie unter diesem Titel erhalten hat, mit der diesem Contracte entspringende Klage zurückfordern und sein Eigenthum geltend machen könne.

2) Die Klage ist ferner ausgeschlossen gegen den redlichen Besitzer, sie hat dagegen statt gegen den, welcher wußte, oder sich rechtlich überzeugen konnte, daß derjenige, von dem er diese Urkunden erhielt, darüber zu verfügen kein Recht habe. Dieß ist unter andern dann der Fall, wenn er von einem Kaufmann, der fallirt, oder des-

sen Vermögensumstände allgemein bekannt schlecht sind, in fraudem creditorum solche erhielt, und er fraudis conscius ist. Darauf: ob der Veräußerer redlich besessen, kommt es nicht an: genug, wenn der jetzige Inhaber redlicher Besitzer ist. Wenn daher auch dieser sie von einem Diebe gekauft hat, so kann dennoch nicht die Vindication gegen ihn statt finden.

Wer hat nun aber den Beweis zu führen, wenn die Vindication darauf begründet wird, daß der gegenwärtige Inhaber entweder nicht als dritter, oder nicht als redlicher Besitzer anzusehen sey?

a) Der jetzige Besitzer ist nicht verbunden, seinen Rechtstitel anzugeben, theils weil schon nach dem römischen Rechte [n]) der Besitzer dazu nicht angehalten werden kann, theils weil die Verbindlichkeit, diesen anzugeben, mit dem Wesen und Zweck der Institution dieser Papiere ganz unvereinbar ist, da sie eben deßhalb auf jeden Inhaber zahlbar lauten, damit sich der Verkehr mit denselben frei und ungebunden bewegen könne, und jede Nachfrage nach Erwerbstitel oder Berichtigung zur Veräußerung entbehrlich ist. [o])

n) L. 2. C. de pet. hered. L. 24. D. de rei vind.

o) v. Zeiller im Comment. über die östr. GO. §. 371. bemerkt sehr richtig: daß Wechsel, Schuldscheine eines Staats oder einer privilegirten Person, die auf jeden Inhaber lauten, ein Gegenstand des veränderten Courses und schnellen Verkehrs sind; daß dieses und ihr Inhalt (daß sie au porteur lauten,) so wie ihr häufiger Umsatz durch Mittelspersonen keine Untersuchung des Eigenthums zulassen, folglich sie auch in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage sein können.

b) Wird die Vindication darauf gerichtet, daß der jetzige Inhaber nicht als dritter Besitzer zu betrachten sey, was in jenen Fällen vorkommt, wo die Urkunden unter einem entweder widerruflichen, oder das Eigenthum übertragenden Titel, noch in Natur und Species bei dem Empfänger sich befinden, so hat der Vindicant zu erweisen: daß er diese Papiere dem jetzigen Inhaber unter diesem Titel übergeben habe, daß die vorhandenen Papiere diejenigen sind, die er übergeben hat.

Wird dagegen die Vindication darauf gegründet, daß der jetzige Inhaber unredlicher Besitzer sey, so muß der Vindicant beweisen, einmal: daß er vorher Eigenthümer dieser Papiere war, die er vindiciren will; dann daß der jetzige Eigenthümer diese Papiere entweder unmittelbar nach ihm auf eine Weise, aus welcher er wissen mußte, daß er sie sich zuzuwenden nicht berechtigt sey, oder sonst auf unredliche Weise an sich gebracht habe. [p]

p) Hiermit stimmt auch das pr. Landrecht Th. 1. tit. 15. §. 52. 53. das östr. G.B. §. 371. und die bayr. Verordn. von 1813 und 1817 überein.

B) Es sind hier die nämlichen Grundsätze zur Anwendung zu bringen, welche bei einem verloren gegangenen Wechsel statt haben.

Als anerkannter Grundsatz steht fest, daß Remittent oder Indossant eines auf jeden Inhaber lautenden Wechsels die Gefahr tragen müsse, wenn er in andere Hände kommt, und von einem dritten redlichen Inhaber nicht vindiciren könne. [q]

q) Augsb. WO. K. VIII. §. 5. Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 762. 763. 810. 815. 816. Mittermaier a. a. O. §. 251.

C) Die Vindication ist deßhalb ausgeschlossen, weil der Besitz der Urkunde nicht blos eine Vermuthung des Forderungsrechts für den Inhaber begründet, sondern in Hinsicht eines Dritten als der zu der Forderung Berechtigte erscheint, und der Dritte, welcher in gutem Glauben und Vertrauen auf diese öffentliche Institution von dem dermaligen Inhaber einer Urkunde auf den Grund eines, das Forderungsrecht selbst übertragenden Geschäftes die Aushändigung der Urkunde erhält, auch das Eigenthum der Forderung gegen jeden, wer es auch sey, einwirkt. Daß dadurch die Vindication an sich ausgeschlossen wird, leuchtet von selbst ein.

Hiermit stimmen überein: (Füssel, (Diss. observationes varii iur. argumenti. Lpz. 1783.) Kind, (Quaest. for. T. 1. q. 96. T. III. q. 26.) Haubold, (Sächs. PR. §. 188.) Bender, [r]) (über den Verkehr mit Staatspap. in s. Hauptrichtungen. Heidelb. 1825.) Gönner,

(Archiv d. Gesetzgeb. B. 1. n. 27. und über Staatsschulden §. 70.) Schellwitz, (de cautione publ. inprimis peregrin. vindicat. Lpz. 1828.) Eichhorn, (Einl. §. 191.) Diese Meinung ist auch angenommen in dem sächs. Verordn.=Edict v. 6ten Mai 1772. über Cassenbillets Edict. v. 1. Jul. 1802 von den neuen Cassenbillets s. a. in Haubold a. a. O. not. c. Pr. LR. Th. 1. tit. 15. §. 47. Oesterr. GB. §. 371. Bayer. Verordn. v. 17. Aug. 1813 u. 12. März 1817. Hessisches Gesetz von 18. Dec. 1823. Frankfurter Verordn. v. 8. Juli 1817. Hannöversche Verordn. v. 20. Jan. 1826. §. 2. Gesetzsammlung f. d. J. 1826. Abth. 1. S. 11.

r) Dieser schließt die Vindication vorzüglich deßhalb aus, weil der alt germanische Rechtsgrundsatz anwendbar sey: Hand muß Hand wahren; in Gemäßheit desselben ist er aber zu einem Irrthume verleitet. Da nämlich gestohlene und geraubte Sachen nicht unter diesen Grundsatz zu bringen sind, so nimmt er an, daß auch solches in Rücksicht der Papiere au porteur gelten müsse, welches unrichtig ist. Souhay im Archiv d. civ. Praxis Bd. 10. not. v. S. 150.

Mehrere dagegen sind der Meinung, daß die Vindication statt finde. Sie stützen sich auf das römische Recht, nach welchem 1) die Vindication sogar bei gemünztem Gelde, und mit noch weit größerer Begünstigung bei geraubten und gestohlenen Sachen gestattet sey; [s]) 2) auch Urkunden vindicirt, oder von dem dritten Besitzer mit der actione ad exhibendum abgefordert werden können, [t]) dieses könne auch auf Schuldscheine angewandt werden, da sie als körperliche Sachen zu betrachten sind.

s) L. 8. C. depos. L. II. §. 2. L. 14. D. de reb. cred.

t) L. 3. D. test. quemad. aperiant. L. 3. §. 2. C. D. de tab. exhib.

Dieser Meinung sind: Geiger u. Glück, (Rechtsfälle B. 3. n. 38.) Mittermaier, (a. a. O.)

Mit Recht hat aber schon Gönner diese Meinung verworfen, weil die Bestimmungen des römischen Rechts über Vindication des Geldes und gestohlner Sachen darum nicht auf die Urkunden au porteur angewandt werden können, weil hier nicht die Urkunde als körperliche Sache,

sondern das Forderungsrecht selbst Gegenstand der Vindication sey.

§. 264. (M. §. 189 a. not. 6.)

Die Mortification der Urkunde au porteur ist nicht ganz unzulässig.

Wenn gleich die auf jeden Inhaber lautenden Urkunden als conventionelles Papiergeld zu betrachten, (§. 260.) so sind sie doch kein Papiergeld, noch auch wie gemünztes Geld anzusehen, bei dessen Verlust freilich keine Amortisation statt hat. Die Urkunden selbst sind aber doch von der Art, daß sie sich von andern unterscheiden lassen durch Namen, durch den Tag und Ort der Ausstellung, Unterschrift u. s. w., daher denn unter gewissen Voraussetzungen die Amortisation statt hat, welche der Regel nach, und zwar darum, unzulässig ist, weil

1) das Forderungsrecht mit der Urkunde selbst in genauer Verbindung steht, sonach durch den Verlust der Urkunde auch das Forderungsrecht aufgehoben wird, und die Amortisation ohne Wirkung insofern ist, daß wenn die Kasse oder der Aussteller den Betrag bezahlt hat, ohne von der Amortisirung etwas erfahren zu haben, nicht zum Schadenersatz verbunden ist.

2) Eine Provocation derjenigen, welche an der Forderung einen Anspruch haben, ist deßhalb unzulässig, weil mit der Urkunde das Forderungsrecht selbst besessen wird, und die Provocation gegen den Besitzer nicht statt findet, eben deßwegen also eine öffentliche präjudicielle Aufforderung, wie bei den auf einen bekannten Gläubiger lautenden Urkunden, welche dann das Amortisations=Erkenntniß als Purification des angedrohten Rechtsnachtheils zur Folge hatte, nicht für zulässig geachtet werden könne.

Hierzu kommt noch 3) der erhebliche politische Grund: daß mit der Menge und Verbreitung der Staatspapiere au porteur und deren schneller Circulation im Welthandel, eine Amortisation derselben aus den Gründen und unter den Bedingungen, wie sie bei den auf benannte Gläubiger

lautenden Urkunden statt findet, schlechterdings unvereinbar ist.

Jedoch läßt sich hier analogisch dasjenige zur Anwendung bringen, was die Civilgesetze in Rücksicht der Todeserklärung gegen Verschollene und deren rechtliche Folgen bestimmen.

Zuerst hat derjenige, welcher eine solche Urkunde verliert, dem Schuldner (Bankdirektionen, Lotteriedirektionen u. s. w.) davon Nachricht zu ertheilen, und dann bei der competenten Behörde um Amortisation nachzusuchen. Es wird erfordert, daß er

1) bescheinige, a) Eigenthümer zu seyn, daß er sich im Besitz der Urkunde zu der Zeit befunden, als der Verlust oder die Vernichtung erfolgte. Es versteht sich von selbst, daß die Urkunde genau bezeichnet werde. Zu den Beweismitteln können Handelsbücher, Scheine über Deposition oder Verpfändung, Abrechnungen, Zeugen und so weiter gebraucht werden. Die Erhebung der Zinsen ist nicht allein hinreichend, weil Zinscoupons au porteur lauten und sehr oft statt Zahlung oder Anweisung einem Andern übergeben werden; doch sind sie im Allgemeinen wohl zu gebrauchen. b) Da der Grund der Amortisation die wahrscheinliche Vernichtung oder der Verlust der Urkunde ist, so muß auch diese erwiesen werden. Hierbei ist dem richterlichen Ermessen vieles zu überlassen. In gewissen Fällen kann auch der Manifestationseid gefordert werden. c) Um die Urkunde als verschollen zu betrachten, ist es nothwendig, daß eine gewisse Zeit abgelaufen sey, wo solche vermißt worden. Bei verzinslichen Papieren ist eine Zeit von drei Jahren hinreichend, in welchen keine Anmeldung wegen Erhebung der Zinsen erfolgte, bei unverzinslichen kann kein bestimmter Zeitraum angenommen werden; bei Lotterieloosen fängt die Zeit da an, wo die Ziehung geschehen ist.

2) Nach diesen Voraussetzungen kann die Ediktalladung erfolgen, und alle diejenigen aufgefordert werden, welche an der Urkunde oder an der sie betreffenden Forderung irgend ein Recht haben, sich in einer präklusivischen Frist zu melden. Erfolgt in dieser Zeit keine Anmeldung, so kann

die Amortisation geschehen. Meldet sich jemand, so muß in der Sache weiter verfahren werden.

3) Was die Wirkungen der Amortisation betrifft, so kann a) der Amortisation Verlangende gleich nach der ersten Anzeige des Verlustes darauf antragen, daß die Zinsen, welche eingehen, als ein verzinsliches Kapital angelegt werden; die von diesem fallenden Zinsen können ohne weitere Caution an ihn verabfolgt werden. b) Ist das Amortisationserkenntniß in Rechtskraft übergegangen, so wird der Impetrant als redlicher Besitzer angesehen; daher sind demselben die von der Forderung verfallenen und künftig verfallenden Zinsen ohne Caution auszuhändigen, anstatt der verlorenen Urkunde eine neue anzufertigen, oder das heimgezahlte Kapital weiter verzinslich anzulegen, jedoch die neue Urkunde in gerichtliche Verwahrung so lange zu nehmen, bis die Verjährungszeit ganz abgelaufen ist: nach Ablauf derselben findet gegen den, gegen welchen das Amortisationserkenntniß bewirkt worden, kein weiterer Anspruch statt.

Dieser Meinung sind: Klügel, (Progr. 2. de ordine litis in causa omissarum cautionum publicarum in Saxonia datarum, earumque anonymarum Vit. 1793.) von Gönner, (über Staatsschulden §. 73 — 78. Ebend. Entwurf über das gerichtliche Verf. in bürgerlichen Rechtssachen. B. 1. K. 5. §. 18. Ebend. Motive B. 2. S. 255.) Eichhorn, (Einl. S. 514.) v. Bülow, (Abh. über einzelne Materien des bürgerl. Rechts B. 1. not. 17.) Bender, (a. a. O. S. 18 — 24.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Pr. GOrd. Th. 1. tit. 51. §. 120 — 140. s. a. Frankf. Rathsverord. v. 8. Juli 1817. doch nur bei totalem Untergang. Der entgegengesetzten Meinung sind: v. Kerstorf (über die Schutzmittel des Eigenthümers an Papieren au porteur Würzb. 1828. S. 96.) s. a. bai. Verord. v. 17ten Aug. 1813. wo es heißt: daß — bei verlornen oder dem Eigenthümer entwendeten öffentlichen Fondsobligationen, welche auf jeden Inhaber lauten, Amortisationsgesuche nicht statt haben. s. a. v. Speckner über die öffentl. Civilpräjudiziallladung von unbekannten Betheiligten außer

dem Concurs. München 1812. Nibler, über die Edictalcitationen. 1817. v. Berg, juristische Beobachtungen und Rechtsfälle 4. not. 4.

§. 265. (M. §. 190.)

Der Zinsfuß von Fünf vom Hundert kann als erlaubt und regelmäßig angenommen werden, das sechste Procent ist aber nicht als Wucher anzusehen.

Im Reichsabschiede von 1654. §. 174. wird gesagt: „anreichend die künftigen Zins und Interesse, sollen von nun an dieselben, sie seyen aus wiederkäuflichen Zinsen, oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, jedoch nach Anweisung der Reichsconstitutionen und weiter nicht als fünf pro Cento alle und jede Jahre in verglichenen Terminen unfehlbar bezahlt, und im Falle des Saumsals auf bloße Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldigen verfahren werden.“

Daß dieses Gesetz keine immerwährende und allgemeine Bestimmung enthält, sondern blos eine zeitige, ergiebt sich aus dem Zusammenhange: denn in §. 170. d. R A. heißt es: „Nachdem auch in dem Friedensschluß §. De indaganda (in pac. osnab. art. 8. §. 5.) versehn, daß bei gegenwärtigem Reichstag auf billige Wege und Mittel gedacht werden sollte, wie denjenigen Schuldnern, welche durch allzugroße Aufschwellung der Zinsen und Interessen ins Verderben kommen, dergestalt geholfen würde, damit aus den, zwischen ihnen und den Gläubigern eingekommenen Klagen und Streitigkeiten nicht neue gefährliche Unruhen und Weiterungen im Reiche entstehen möchten.

Hieraus ergiebt sich, daß jene Anordnungen zunächst nur auf eine Erleichterung der im dreißigjährigen Kriege verarmten Schuldner gerichtet waren.

Es ermangelt daher in der That an einer reichsgesetzlichen Bestimmung, welche das Darlehn mit versprochenen Zinsen für erlaubt erklärt und den Zinssatz auf fünf Procente bestimmt, wie von Mehreren, als: Meiern, (Gedanken über die Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers.

Hannover 1732.) Hufeland, (Beiträge zur Berichtigung u. Erweiterung der pos. RW. St. 1. not. 2.) Danz, (Handbuch des deut. Privatr. B. 2. §. 204.) Thibaut, (System d. Privatr. B. 1. §. 282.) behauptet wird; obgleich Hombergk, (Diss. de usuris in contract. stricti iuris sec. recess. 1600. §. 39. Marb. 1736. c. 2.) und Gärtner (Refutation gegen die meiernsche Schrift. Fr. u. Lpz. 1734.) dagegen mehreres eingewandt haben. Wenn gleich dieß ist, so lehrt doch die Geschichte, daß die höchsten Reichsgerichte in Sachen der Katholiken und Evangelischen zinsbare Darlehne für zulässig erklärten, und ohne Rücksicht des Standes fünf vom Hundert zu nehmen erlaubt hielten, sich auf eine allgemeine Gewohnheit stützend, welche dann auch in dem Reichsabschiede bestätigt wurde.

So lange aber noch rechtsgegründete Gewohnheiten vorhanden sind, so kann von dem fremden Gesetze kein Gebrauch gemacht werden; sonach sind auch die Meinungen der Rechtsgelehrten zu verwerfen, von welchen die eine dahin geht, daß außer den Fällen, wo die deutschen Reichsgesetze eine immerwährende Bestimmung enthalten, nämlich für den Kauf jährlicher Renten und für die Verzugszinsen aus einem Darlehn, es bei dem canonischen Recht bleiben müsse, welches die Zinsen verbietet, dann die andere: daß weil die Reichsgesetze über ganz andere Gegenstände und nur für Zeitumstände disponirt hätten, das römische Recht in dieser Lehre gemeines Recht sey, die Meiern und Hufeland vertheidigen.

Nach den meisten Particulair-Gesetzen sind auch die Zinsen auf fünf vom H. bestimmt. Codex Maximil. bav. Th. 2. C. 3. §. 21. Abschied d. b. Ständevers. von 1825. Beil. 7. Die in einzelnen Theilen des Reichs den Juden gestatteten höhern Zinsen betr. Pr. LR. Th. 1. tit. 11. §. 804. wegen Sachsen: Haubold. sächs. Privatrecht §. 270. wegen Würtenberg: Weishaar würt. PR. S. 33. Das badische Landrecht 3. art. 1907. bestimmt fünf Procent als gesetzlichen, 6 Procent als erlaubten Zinsfuß. Brauer, Erl. 3. S. 670. Das öster. GB. §. 994. fünf Procent, Zeiller, jährl.

Beitr. 2. S. 249.. Sechs Procent zu nehmen ist, nach den allgemeinen Gesetzen zwar unerlaubt, es kann aber nicht als ein strafbarer Wucher angesehen werden. Einige: als Meiern, Hufeland, (a. a. O.) Hugo, (civ. Mag. 2. Hft. 2. not. 7.) sind der Meinung, daß der sechste Zinsthaler als erlaubt zu betrachten sey, weil ihn 1) das römische Recht zuläßt; 2) die Reichsgesetze, welche nur 5 Procent gestatten, vor dem jüngsten Reichsabschiede entweder blos von sogenannten wiederkäuflichen oder nur vom interesse merae, nicht aber von vertragsmäßigen Zinsen beim Darlehn überhaupt redeten; 3) der neueste Reichsabschied aber in gedachter Stelle nur als Zeitgesetz den Schuldnern, welche durch den 30jährigen Krieg zurückgekommen wären, zu Statten kommen sollte. Allein aus bessern Gründen wird das Gegentheil angenommen, von Schmidt, (öffentl Rechtssprüche not. 47. S. 303.) von Gerstlacher, (Handb. d. deut. Reichsgesetze B. 10. p. 28119.) Weber, (über nat. Verbindl. S. 252.) indem schon in den ältern Reichsgesetzen, namentlich in der Polizeiordnung v. 1448. 1530. und 1577. die Zinsen über 5 Procent für wucherlich erklärt und verboten gewesen, und der neueste Reichsabschied für eine Bestätigung dieser vorhin schon bestandenen und für bekannt angenommenen Generalregel anzusehen sey.

Wenn nun gleich sechs Procente zu nehmen unerlaubt ist, so kann es nicht als ein strafbarer Zinswucher gehalten werden. Der Schuldner kann aber, wenn er das Kapital noch nicht bezahlt hat, das was an Zinsen zu viel bezahlt worden, in Abrechnung bringen, sollte er es aber nebst den Zinsen vollständig bezahlt haben, so würde er das, was er an Zinsen zu viel gezahlt hat, condictione indebiti zurückfordern können. Obgleich Cramer (in obser. T. 4. 1005.) u. Struben (rechtl. Bedenken Th. 3. not. 133.) von Zu Rhein und Sartorius, (Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Baierns. B. 1. Erlang. 1830. not. 8. die Klagbarkeit des sechsten Zinsthalers betreffend) das Gegentheil annehmen, weil 1) die Bezahlung des versprochenen sechsten Zinsthalers eine natürliche Schuld sey, 2) der

Reichsabschied von 1654. §. 174. ausdrücklich bestimme: was an Kapital oder Zinsen allschon bezahlt ist, dero wegen keine Zurückforderung oder Abkürzung statt haben soll; so ist doch jene Meinung, welche Wernher, (obs. for. T. 1. P. 5. obs. 201. Tom. 2. P. 8. obs. 430. Tom. 3. P. 3. obs. 4. not. 35.) Leyser, (med. ad P. Vol. 4. Sp. 245. med. 9.) Walch, (Introd. in controv. i. civil. p. 673.) Cramer, (observ. iur. univers. T. 1. obs. 100. T. 4. obs. 1005.) Quistorp, (Beitr. n. 25. S. 400.) Schmidt, (Rechtsf. 2 Abh. not. 47.) Klein, (merkw. Rechtssprüche d. hallischen Juristenfacultät B. 4. not. 13.) Glück, (PCom. Th. 21. S. 106.) und Eichhorn (Einl. zum d. PR. §. 109. S. 110.) vertheidigen die richtigere: denn 1) läßt sich nicht annehmen, daß die Bezahlung des versprochenen sechsten Zinsthaler eine natürliche Schuld sey, indem die natürliche Verbindlichkeit, so aus einem Vertrage entspringt, keine absolute, sondern eine hypothetische Verbindlichkeit ist. Gesetzt aber auch, daß eine natürliche Verbindlichkeit dadurch bewirkt würde, so ist selbige jedoch eben deßwegen, weil die bürgerlichen Gesetze wegen der bezahlten unmäßigen Zinsen ausdrücklich die condictio indebiti bewilligen, als eine durch selbige reprobirte natürliche Billigkeit anzusehen. 2) Der Reichsabschied ist von den damals bereits bezahlten Zinsen zu verstehen, indem man wegen einer Collision bei den damaligen verwirrten Zeitumständen, so der 30jährige Krieg verursacht hatte, neue Prozesse der schon bezahlten Zinsen halber zu gestatten, für bedenklich hielt.

§. 266. (M. §. 190. not. 4.)

Die Bestimmungen des römischen Rechts über usurae alterum tantum ist annoch anwendbar.

Nach der L. 10. C. de usuris können nur aufgelaufene und rückständige Zinsen gefordert werden, die die Quantität des Hauptstammes nicht überschreiten; für die Zinsen aber, die in den bestimmten Terminen alle Jahre entrichtet sind, ist kein gesetzliches Verbot vorhanden, indem die Novelle 121. nach welcher auch dann, wenn die abgetragenen Zinsen die Quan-

tität des Kapitals übersteigen, nicht gefordert werden können, darum keine Anwendung findet, weil sie unglossirt ist.

Daß diese Bestimmungen annoch Anwendung finden, ist darum unbedenklich, weil

1) die Absicht der auf den Zinsfuß bezüglichen Reichsgesetzgebung, die übrigen römischen Grundsätze über die Zinsen zu verdrängen, nicht nachzuweisen ist. Es läßt sich nicht annehmen, daß das römische Recht in dieser Lehre durch das canonische Recht, welches jede Klage auf Zinsen für schlechthin unzulässig erklärt, aufgehoben sey, wie Thibaut (in d. civilist. Versuchen 7. Abh. S. 120.) annimmt: indem sich viele Beispiele von Zinsen, die ununterbrochen im Mittelalter unter allen Ständen genommen worden sind, vorfinden, welche also ein allgemein anerkanntes Verbot derselben ganz unmöglich machen. (Danz, Handbuch des deut. Privatr. Th. 2. S. 287.)

2) Die deutschen Reichsgesetze enthalten keine Bestimmung über diesen Fall, auch läßt sich nicht aus dem Geiste derselben entnehmen, daß die Zinsen ohne Unterschied über die Höhe des Kapitals laufen können, sie mögen schon bezahlt, oder noch rückständig seyn. Denn wie schon bemerkt, ist der Reichsabschied, worauf man sich bezieht, nicht als eine Norm zu betrachten, welche überhaupt gelten soll, sondern nur als eine temporaire Bestimmung.

3) Die Entscheidungen des Reichskammergerichts [u]) und anderer Gerichtshöfe [v]) machen kein gemeines Recht in Deutschland aus.

u) Cramer, observ. iur. univ. T. 1. obs. 102. Lauterbach, Colleg. theor. pract. pr. Pand. de usuris §. 26. in fin.

v) z. B. Entscheidung der Juristen-Facultät zu Erlangen v. 1746 in Erl. gelehr. Anz. J. 1746. not. 4.

4) Ist die Beschränkung der Zinsen nicht so vernunftwidrig, wie angenommen wird; man müßte denn alle Vorschriften, die sich in odio usurarum gründen, als an sich ungültig verwerfen.

Neuere Gesetze haben dafür gesorgt, daß die Anschwellung der Zinsen nicht leicht statt haben kann. So bestimmt unter Andern das Pr. LR. Th. 1. tit. 11. §. 849.

Wer die gerichtliche Einklagung rückständig verbleibender Zinsen länger als zehn Jahre verabsäumt, der kann einen über zehn Jahre hinausgehenden Rückstand nicht ferner verlangen. Der angeführten Meinung sind: Weber, (Versuche über das Civilrecht St. 1. §. 14. S. 48. und in der Note z. Höpfner Com. 967. not. 7. S. 1007.) Dabelow, (Handbuch d. h. g. r. d. Privatrecht Th. 1. §. 92. not. i.) Hofacker, (Princip. iur. civil. T. 3. § 1838.) Hufeland, (Lehrbuch d. Civilrechts B. 1. §. 359.) Bansa, (D. de usuris ultra alterum tantum. Gött. 1780.) §. 21.) Thibaut, (System d. Privatr. B. 1. §. 284.) Schweppe, (römisches Privatrecht §. 197.) Hofacker, (Jahrbücher der Gesetzgebung in Würtemberg B. 1. not. 13.) Mittermaier, (a. a. O.) Zachariä, (Quaest. for. T. 4. c. 47.) bemerkt, daß nach sächs. Recht die Zinsen, wenn sie alljährig bezahlt worden, dennoch gefordert werden können, wenn die Summe der Gezahlten die Größe des Kapitals übersteigt; wenn sie aber rückständig geblieben, so könnten die, welche die Größe des Kapitals übersteigen, nicht gefordert werden, es sey denn, daß der Gläubiger den Schuldner, ehe diese Uebersteigung erfolgt, gerichtlich interpellirt habe.

Das Gegentheil nehmen an: Ludewig, (Differ. iur. rom. et germ. de usuris praecipue ultra alterum tantum. Differ. 11.) Pufendorf, (obser. iur. univ. T. 1. obs. 14. §. 3.) Cramer, (obser. iur. univ. T. 1. obs. 23. obs. 102. obs. 256. §. 3.) Schneidt, (Diss. sit. spec. arith. sublim. et polit. ad materiam de usuris §. 33.) Langsdorff, (Abh. von den usuris ultra alter. tantum und deren Rechtmäßigkeit in dem Reiche. §. 30.) Müller, (observ. pract. ad Leyser. Tom. 3. fasc. 1. obs. 442.) Höpfner, (Comment. üb. die Heineccischen Inst. §. 967.) v. Glück (P. Comm. Th. 4. §. 1134.)

§. 267.

Bei Münzveränderungen ist bei Bestimmung desjenigen, was der Schuldner zu bezahlen hat, es mag nun blos der äußere Werth der Münze oder ihr innerer Gehalt (Schroot und Korn) ver-

ändert worden seyn, auf die Zeit des eingegangenen Contracts Rücksicht zu nehmen.

1) Der Anfang eines Rechtsgeschäfts ist der richtigste Gesichtspunkt zu dessen Beurtheilung. L. 144 de reg. iur. L. 80 pr. de solutione.

2) Das Wesen des Darlehns besteht darin, daß der Schuldner die ihm dargeliehene Sache in derselben Gattung und Art, wie auch Qualität und Quantität, wie er solche empfangen, restituiren muß. In der L. 3. D. de reb. credit. heißt es: cum quid mutuum dederimus, et si non curaverimus, ut aeque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere; nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est; id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvitur, qua datum sit. Hiermit stimmt auch das c. 20. und 26. X. de censib. überein, wonach Geldzehnten beständig in derjenigen Münze, worin sie vom Anfang an gegeben wurden, bezahlt werden sollen, und daß bei erfolgter Münzveränderung ebenfalls auf den Anfang der Verbindlichkeit lediglich Rücksicht zu nehmen sey.

3) Der zufällige nicht vorauszusehende Umstand einer Münzveränderung kann weder nach der Contrahenten Absicht, noch nach der Natur der Sache die Art der Verbindlichkeit verändern; hieraus folgt, daß wenn sich der innere Werth der Münze geändert hat, der Schuldner, der in schlechtem Gelde bezahlt, dasjenige ersetzen muß, was der Münze an ihrem innern Gehalte fehlt: dahingegen er, wenn er in besserer Münze das Kapital abträgt, so viel abziehen darf, als die Münze besser geworden ist. Ist die Münze ihrem innern Gehalte nach die nämliche geblieben, und hat sich blos der äußere Werth geändert, so müssen der obigen Regel zu Folge die Geldsorten nach eben dem Werthe, den sie zur Zeit des geschlossenen Contracts gehabt haben, wiederum zurückgegeben werden, und es kann sonach weder das Fallen des Geldes im äußern Werthe den Schuldner zum Nachschusse verbinden, noch auch dessen Steigen ihn zu einem Abzuge berechtigen.

4) Wenn gleich die Münzveränderung Einfluß auf den Preis der Dinge hat, so hat sie doch solchen nicht auf das Verhältniß des Gläubigers und Schuldners. Der Entlehner ist wirklicher Eigenthümer des empfangenen Geldes geworden, und es ist also der Billigkeit gemäß, daß er Gewinn und Verlust trage, auch selbst bei einer Münzveränderung und dieß um so mehr, da seine Verbindlichkeit zur Heimzahlung an und für sich selbst mit dem Augenblick des vollzogenen Darlehns-Contracts begründet, und nur die Erfüllung derselben bis zum Zeitpunct der wirklich zu leistenden Zahlung aufgeschoben wurde.

Hiermit stimmen überein: Gail, (Obs. Lib. II. Obs. 93.) Heigius, (ad Inst. quib. mod. re contr. oblig.) Zangen, (de exceptionibus P. III. §. 1. n. 173.) Besoldus, (consult. P. I. c. 62. 63. Ebend. recapitulationes monetalium quaestionum, quatuor responsis comprehensarum. Frankf. 1624.) Dinner, (de monetae mutatione quoad solutionem. Norimb. 1622.) Leuber, (Tract. von den Münzen. Halle 1624.) Carpzov, (iurispr. for. P. II. c. 28. Def. 5. Resp. L. VI. resp. 50.) Leyser, (Medit. sp. 529. med. 15. 16.) Pufendorf, (observ. iur. univers. T. 1. obs. 93.) Wernher, (Discursus de mutatione monetae eiusque solutione. Erf. 1724. Schütten, (Diss. de eo, quod iustum est, circa restitutionem mutui, mutata bonitate monetae. Erf. 1758.) Schorde, (de eo, quod iustum est in reddendo mutuo in casu, si monetae mutatio medio tempore facta est. Erl. 1761.) Schmidt, (ausführliche Abh. der streitigen Frage: in was für Münzsorten ist eine Geldschuld abzutragen? Jena 1763.) Seger, (Diss. de mutuo valore monetae in solutionibus aestimandis. Lpz. 1763.) Gatzert, (de mutuo numerario post pecuniae mutationem prodromo. Goett. 1764.) v. Böhmer, (de solutione debiti pecuniarii mutata monetae bonitate ex tempore natae obligationis aestimanda.) Baumhaver, (in den neuen jurist. Gedanken über das Recht bei der Wiederbezahlung der Kapitalien bei der Veränderung des Münzfußes. Hannov. 1767.) Schmidt, (in den recht. Entscheidungen, wo-

durch zugleich s. Abh. von den Münzsorten erläutert wird. Jena 1766.) Walch, (Intr. in controv. iur. civil. p. 513.) Meister, (prakt. Bemerkungen Bd. 1. Gött. 1797. n. 19. 21.) Gärtner, (Abh. wegen Schulden in alter Batzen Währung. Marb. 1783.) Green, (Pr. de aestimatione monetae diversi valoris. Lips. 1786.) Hofacker, (Princip. iur. civil. rom — germ. Tom. III, P. 1. §. 1871,) Danz, (Handb. d. deutsch. PR. §. 207.) Haubold, (Lehrb. d. Sächs. Privatrechts §. 273.) Runde, deutsch. PR. §. 207.) Böhmer, (Rechtsfälle Bd. 1. n. 73.) Schrader, (resp. Fels, Diss. quid debito pecuniario contracto praes. mutationibus circa pecuniam interim factis solvendum sit? Tub. 1814.) Pfeiffer, (practische Ausführungen. B. 1. n. 7.)

Dagegen behaupten Andere als: Surdus, (Casaleus. Vol. III. cons. 335. n. 8.) Stuck, (consilia P. I. cons. 17.) Huber, (praelectiones ad Inst. tit. q. m. re cont.) Voet, (Com. ad Dig. L. XII. t. 1. n. 24.) Cocceji, (ius controv. L. 46. T. 3. q. 5.) Kästner, (de restitutione mut. mutat. pecuniae valore.) Fresenius, Meditationen f. Rechtsgelehrte S. 42. 58.) daß auf den Werth der Münzsorten Rücksicht zu nehmen, welchen sie zur Zeit der Abtragung oder Zahlung des Darlehns gehabt haben; s. a. das Pr. LR. Th. 1. tit. IX. §. 787. Die Gründe sind:

1) weil das Geld in einem blos eingebildeten, willkührlich angenommenen, und gewissen Metallstücken beigelegten Werthe bestehe und daher dessen Güte völlig relativ sey und von den jedesmaligen Umständen abhänge, so könne es auch seiner Natur und der sich darauf nothwendig beziehenden Absicht der Partheien nach auch im Darlehn nicht anders betrachtet werden, woraus sich dann ergebe, daß, wenn man den Werth nicht nach der Zahlungszeit bestimmte, der Gläubiger nie dasjenige, was er gegeben, sondern bald zu viel, bald zu wenig wieder erhalten würde: indem jener eingebildete Werth der eigentliche Gegenstand eines Darlehns sey, und also dieser die Zahl der zu erstattenden Geldstücke nach ihrem jetzigen Cours bestimmen müsse, keinesweges

aber von diesem Cours die geliehene Quantität abhängen, und auf irgend eine Art dadurch vermehrt oder vermindert werden dürfe.

2) Niemand könne sich mit dem Schaden Anderer bereichern, oder durch seine Schuld veranlassen, welches doch geschehen würde, wenn der Schuldner die Münzsorten eben so rechne, wie er sie vom Gläubiger erhalten habe. Denn setze man den Fall einer Verminderung im äußern Werthe des Geldes, so bereichere sich der Schuldner, welcher die Münzsorten seinem Gläubiger eben so hoch anrechnet, wie viel sie zur Contractszeit gegolten haben, mit dessen Schaden ganz offenbar, da er ihm eine geringere Summe wiedergebe, als er bekommen habe. Umgekehrt, wenn das Geld im Werthe gestiegen sey, so werde der Schuldner an seinen Rechten gekränkt, weil er mehr bezahlen müsse, als er bekommen habe, wenn er die erhöhte Münzsorte doch nur in dem niedrigen Werthe, worin er sie erhalten, wiedergeben müsse.

3) Der Zweck der Contrahenten sey dahin gerichtet, daß der Gläubiger eine Zeit lang den Gebrauch des Geldes entbehre, ihm aber weiter kein Schade aus dem Darlehn erwachse. Dieß würde aber offenbar geschehen, wenn man auf die Zeit der Eingehung des Contracts Rücksicht nehmen wollte. Hätte der Gläubiger zur Zeit der bevorstehenden Münzveränderung das Geld in Händen gehabt, so würde er noch Gelegenheit gehabt haben, solches im hohen Werth unterzubringen, hieran sey er aber durch den Schuldner verhindert worden, folglich sey dieser verpflichtet, ihm den verursachten Schaden zu ersetzen.

4) Sey es nach einer allgemeinen Reichsobservanz jederzeit so gehalten worden.

Allein alle diese Gründe sind von geringer Bedeutung.

Denn was den ersten betrifft, so kann der eingebildete und relative Werth des Geldes, der in den L. 1. D. de contrah. emt. sehr richtig bezeichnet wird, bei einer einmal angenommenen bestimmten Gattung von Gelde nicht in Betracht kommen, weil hierbei blos auf den innern allgemein

gemein anerkannten Werth zu sehen ist. Diese innere Güte des Geldes bestimmt den Werth aller anderen Dinge, vorzüglich wenn man sich mehrere Völker in Handelsverbindung denkt.

Was den zweiten angeführten Grund betrifft, so ist, abgesehen davon, daß die bloße Berechnung eines ungewissen und zufälligen Schadens oder Gewinns in Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten sehr geringen Einfluß hat, geradezu in Abrede zu stellen, daß durch die bloße Abänderung des äußerlichen Gehalts der Münzsorten ein Unterschied in dem Vermögenszustande des Schuldners in der Art bewirkt werden, daß um Unbilligkeit zu vermeiden, ein deshalb zu leistender Nachschuß oder zu gestandener Abzug erfordert wäre. Hierbei kommt ferner noch in Betracht, daß das Steigen und Fallen des Geldes in seinem äußerlichen Werthe gewöhnlich mit einer verhältnißmäßigen Abänderung des Preises inländischer Waaren verbunden ist, daß ferner eine der gewöhnlichsten Veranlassungen des veränderten Werthes der größern Münzsorten, auf den besser oder schlechter ausgeprägten kleinern Sorten beruht, und blos äußerliche Münzveränderungen auf den großen auswärtigen Handel wenig Einfluß haben, da hier das Geld als Waare, eben so gut wie andere Dinge betrachtet, und nur seinem innern Werthe nachgeschätzt wird. Hieraus ergiebt sich, daß wenn gleich der Gläubiger das äußerlich schlechter gewordene Geld in dem höhern Werthe, in dem er es hingegeben hat, wieder nehmen muß, für ihn nicht leicht ein Schade entsteht, da er mit einer geringen Summe jetzt eben so viel bestreiten kann, wie vorher mit einer größern.

Was den dritten Grund betrifft, so ergiebt sich der Ungrund schon aus dem Gesagten. Wenn durch Abtragung des Darlehns alles in den vorigen Zustand zurückgeführt werden sollte, so müßte der Gläubiger nicht allein wegen des gefallenen Münzpreises entschädigt, sondern ihm auch das Steigen des Geldes zum Vortheil gerechnet werden. Hieraus würde aber eine weit größere Unbilligkeit entstehen, als diejenige ist, wogegen man streitet. In der

Glosse z. c. 26. X. de cens. heißt es ganz richtig: si moneta diminuta fuisset, illam recipere recusaret creditor; cum vero minorem accipere nollet, maiorem exigere non debet. Mit Recht würde der Schuldner, dem sein Gläubiger den zufälligen Vortheil, welcher ihm vielleicht durch die verringerte Münze zugefallen ist, berechnen wollte, dagegen verlangen, daß ihm die Erhöhung des Geldes auch keinen Nachtheil bringe.

Was den vierten Grund anbetrifft, so ist solcher ganz unerfindlich. Nicht nur daß die meisten Rechtsgelehrten das Gegentheil annehmen, so ist auch nach diesem richtigen Grundsatz bei dem Reichskammergericht entschieden worden, (Gayl Lib. 2. obs. 73.) und er ist auch in mehreren Landesgesetzen aufgenommen, unter andern in dem braunsch. lüneb. Münz-Edict v. J. 1690. chursächs. Mandat v. 18ten Juli 1763. wegen Bezahlung der während der Münzzerrüttung ausgestellten Verschreibung, (C. C. A. 1. 1623.) chursächs. Verordnung v. 24sten März 1764. §. 1. und v. 18ten Aug. 1786. §. 1.

§. 268. (M. §. 191.)

Wenn die schriftliche Abfassung der Verträge gesetzlich bestimmt ist, so findet doch, wenn ein solcher Vertrag nicht schriftlich abgeschlossen, aber von beiden Theilen erfüllt ist, kein Rückforderungsrecht statt.

So wie dasjenige, was jemand nach natürlichen, aber nicht nach bürgerlichen Gesetzen schuldig war, in dem Falle, wenn er es demohnerachtet bezahlt hat, nicht condictione indebiti zurückfordern kann, (Hert, Diss. de cond. indebiti civiliter, debiti naturaliter in opusc. V. 1. P. 3. p. 94.) so kann auch, wenn der Vertrag, der nach den Gesetzen hätte schriftlich abgefaßt werden müssen, von den Contrahenten wirklich erfüllt worden, um so weniger eine Rückforderung statt finden, indem anzunehmen ist, daß beide Contrahenten sich ihres Rechts begeben haben. Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. n. 124.) Schmidt, (Abh. vers. pract. Rechtsmaterien herausgegeben v. Faselius B. 2.

n. 30.) Bülow und Hagemann (Erörtr. B. 2. S. 353.) sind dieser Meinung. s. jedoch Bielitz, (Commentar über das pr. LR. B. 1. S. 602.)

§. 269. (M. §. 191.)

In allen Fällen, wo causae cognitio vorzunehmen und auf verschuldete Weise vom Richter unterlassen war, haftet derselbe den Parteien.

1) Es ist ein wichtiger Unterschied zwischen willkührlicher Bestätigung eines Contracts und der gesetzlich vorgeschriebenen obrigkeitlichen Consenzertheilung, z. B. bei einer Hypothek.

2) Besteht die pflichtmäßige Verwaltung des richterlichen Amts in Absicht auf Geschäfte der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit darin, daß er von Amts wegen dafür sorge, daß nichts, so zur Gültigkeit des Geschäfts gehört, verabsäumt werde, er darauf bedacht sey, das Beste der Contrahenten zu besorgen, Schaden von denselben zu entfernen, und daß das von ihm über das ganze Geschäft ausgestellte Zeugniß der Wahrheit gemäß sey.

3) Bei Bestätigung der Hypotheken hat der Richter insbesondere zu untersuchen, ob das verschriebene Unterpfand dem Gläubiger eine hinlängliche Sicherheit gewähre, und folglich, da alles Unterpfandsrecht, als ein accessorisches Recht, ganz und von selbst hinwegfällt, wenn keine rechtliche Verbindlichkeit zum Grunde liegt, so hat er seine Aufmerksamkeit vorzüglich darauf zu richten, ob auch das Hauptgeschäft, zu dessen Sicherheit die Hypothek bestellt werden soll, seine völlige Richtigkeit habe. (Claproth, von freien Gerichtshandlungen S 40.)

4) Der Consenz der Obrigkeit wird nicht der bloßen Solennität wegen zur Bestellung einer Hypothek erfordert, sondern die ganze Absicht der Gesetze geht dahin, durch die Dazwischenkunft der Obrigkeit den verborgenen Betrügereien vorzubeugen, die bei einem Privatpfandrecht gar leicht vergehen können. Da nun dieser Absicht nichts mehr zuwider seyn kann, als wenn sogar der öffent-

liche Glaube gemißbraucht werden dürfte, um die Unternehmungen betrügerischer Schuldner zum Nachtheil ihrer Gläubiger zu decken, so kann mit Recht die Obrigkeit, die hierin ihrer Pflicht nicht nachkommt, zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens rechtlich angehalten werden.

Hiermit stimmen überein: Berlich, (Concl. pract. P. II. Concl. 29. not. 76. Böhmer, (Concl. et Decis. T. II. P. II. 1254.) J. H. Böhmer, (Diss. de praerogativa hypoth. publicar. Cap. II. §. 6. 12.) Schweder, (Disq. de auctoritate publica ad pignoris s. hypothecae publicae constitutionem necessaria. §. 21.) v. Cramer, (Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 822.) J. F. Wahl, (Diss. de validitate et effectu reservationis dominii et hypothecae in securitatem residui pretii in rebus immobilibus venditis. Goett. 1753.) Kobe, (Comment. de pecunia mutuatitia tuto locanda. C. 8. §. 223.) Nettelbladt, (Versuch einer Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelarh. Th. 1. Hft. 1. Abh. 1. tit. 2. §. 57.) Erleben, (Princip. de iure pig. et hyp. §. 56.) Trütschler, (Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassungs rechtl. Aufsätze Th. 1. Hauptabth. 3. Hauptst. 5. §. 64.) Weber, (Beitr. zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden, 7te Bet. Not. 120. S. 94.) Puchta, (Handb. der gerichtl. Verf. in nicht streitigen Rechtss. Th. 1. S. 92 bis 743.) Curtius, (sächs. Civilrecht Th. 3. S. 214.) (Geiger u. Glück, Rechtsfälle Th. 2. n. 22.) Mittermaier, (a. a. O.)

Der entgegengesetzten Meinung sind: Mevius, (Decision. T. II. Part. VII. Decis. 142.) Struben, (rechtl. Bedenken. Th. 5. B. 5.) Sieber, (Diss. an ex confirmatione hypothecae iudex ad id, quod interest, teneatur? Goett. 1758.) indem, wie sie behaupten, eine Obrigkeit, welche einen Contract bestätigt, nicht schuldig sey, zu untersuchen, ob auch dessen Inhalt der Wahrheit gemäß sey, und der Gläubiger dadurch hinlängliche Sicherheit erlange, wenn es nicht von ihr begehrt worden ist. Eine Untersuchung der Richtigkeit und der Umstände des Anlehns könnte sonach von ihm als nothwendig um so we

niger erwartet werden, jemehr ohnehin dasjenige, was eigentlich zum Contract des Darlehns gehört, unter den Parteien allein berichtigt zu werden pflegt. Mevius sagt a. a. O.: non est enim magistratuum, quoddam debitum, omissa a partibus supplere, ideo eius non facti seu recte non petiti quaedam culpa sed quod non petit pars, non iniuste omittit magistratus, qui officium suum non impertitur nisi imploratur.

§. 270. (M. §. 191. a)

Wenn das Gesetz die gerichtliche Bestätigung vorschreibt, so kann, wenn der Vertrag außergerichtlich abgeschlossen ist, auf Erfüllung geklagt werden und dem Richter nur ein Cassationsrecht zustehen.

Bei der gesetzlich nothwendigen Bestätigung eines Vertrags wird ein unter den Parteien bereits zu Stande gekommenes Geschäft vorausgesetzt, bei welchem die hinzutrende Handlung des Richters, vermöge des Ursprungs des Instituts, bald nur die Wirkung der gerichtlichen Auflassung begründet, bald dem Richter die Befugniß ertheilt, nach vorhergegangener Untersuchung der Bedingungen des Vertrags die Bestätigung zu ertheilen oder zu versagen, bald nur dem Geschäft Publicität zu geben. In diesen Fällen besteht daher, mit der Nothwendigkeit der Bestätigung, ein Klagerecht eines Contrahenten gegen den andern, und die angedrohte Strafe der Nichtigkeit unbestätigter Contracte kann nur auf das Cassations-Recht des Richters, nicht aber auf die bereits vollzogenen Geschäfte bezogen werden, wenn nicht die Landesgesetze gegen ihren wahren Sinn zur Anwendung gebracht werden sollen.

Hiermit stimmen überein: Kannegießer, (Decis. T. I. Dec. 10. n. 2. 3. 4. Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. n. 124.) Wernher, (P. IV. obs. 68. Schmidt, (hinterlassene Abh. B. 2. n. 30.) Hagemann, (pract. Erört. IV. S. 476. VII. S. 290.) Eichhorn, (Einl. §. 95.)

Nach dem Cod. iud. bav. C. 17. §. 1. n. 2. ist ein

außergerichtlicher Vergleich gültig, ohnerachtet das Gesetz gerichtliche Errichtung der Vergleiche fordert.

Nach dem Pr. LR. I. V. §. 174. vergl. I. X. §. 17. sind Verträge, welche gerichtlich hätten abgeschlossen werden müssen, den blos mündlichen Verträgen gleich zu achten, sonach nicht ungültig.

Andere nehmen das Gegentheil an: als Hommel, (an creditores rem immobilem a debitore obaerato ante concursum creditorum venditam emtorique traditam, non secreta resignatione iudiciali, revocari possent. Lpz. 1755.); seine Meinung geht dahin, daß in diesem Falle die Creditoren nicht im Namen des Debitors, sondern iure pignoris et proprio die veräußerten Güter zurückfordern können,) und Mittermaier, (a. a. O. u. in Beitr. 1. S. 28.), weil in solchen Fällen das Geschäft nicht als perfect gelte.

Das Hannöversche Ober-Appellations-Gericht hat seine frühere Ansicht verlassen, und nimmt nun unbedingte Nullität des Vertrags an. Spangenberg in der nenen Ausgabe von Struben 2. S. 121. und jurist. Zeitung für Hannover 1826. 1. S. 11. 109. Wegen Churhessen s. Pfeiffer, pract. Ausführungen. Th. 2. n. 13.

§. 271. (M. §. 193.)

Die Vermuthung ist für die arrha confirmatoria.

Die Daraufgabe, welche auch Handgeld, Gottespfennig, (welche häufig soviel als Gaddespfennige bezeichnet, abgeleitet von gadden, d. h. sich vereinigen *) Toppschilling, Haftgeld, besteht in dem, was auf ein Vertragsrecht versprochen oder gegeben worden. Es kann zum Zeichen eines erst künftig zu vollziehenden Vertrags (arrha pacto imperfecto data), oder zum Zeichen eines bereits vollendeten Vertrags (arrha pacto perfecto data) hinzukommen. Diese letztere arrha confirmatoria ist darum zu vermuthen, weil es etwas besonderes und irregulaires ist,

daß man von einem Vertrage wieder abgehen darf, der zur Vollkommenheit gelangt ist.

*) Sammlung d. wichtigsten Abhandl. zur Erl. d. vat. Ges. Bd. 3. Heft 2. S. 431.

Hiermit stimmen überein: Berlich, (Decis. 44.) P. Christinäus, (vol. III. deces. 70.) Barth, (Dissensuum in prax. cent. VIII. Diss. 710.) Berger, (resolut. leg. ostantium. Lib. XVIII. tit. 1. 9. 12. p. 299.) Vinnius, (ad pr. J. de emt. vend. n. 12.) Schulting, (thes. controv. dec. 63. th. 1.) Lauterbach, (Diss. de arrha §. 67.) Stryck, (Interesse controvers. p. 214.) Hommel, (rhapsod. 329.) Thomasius, (Diss. de pactis emtionum. Halae 1702.) Kreitmeier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4 C. 1. §. 11. S. 34.) Walch, (introd. in controv. iur. civil. p. 605.) Höpfner, (Commentar üb. d. Inst. §. 744.) Danz, (Handbuch d. deutsch. PR. B. 2 §. 187.) s. a. Codex Max. bav. Th. 4. C. 1. §. 11. Pr. LR. Th. 1. tit. V. §. 211. Andere nehmen das Gegentheil an: Dimer, (com. iur. de arrhis emtionum imperfectarum oppos. Thomasii diss. de pactis emtionum. Goett. 1767.) Leyser, (sp. 204. med. 1.) Bach, (Diss. de multa poemt. in emt. vend. §. 4. in opusc. p. 390.)

§. 272.

Die Kerbhölzer, welche zum Beweise des abgeschlossenen Vertrags gebraucht werden, sind römischen Ursprungs.

Ob die Kerbhölzer (bacilli fisci, s. taleae) schon bei den Römern in Gebrauch waren, ist bestritten. Mehrere als: Heineccius, (Syntag. antiq. Lib. III. tit. 16. §. 1.) und Zachariä, (Diss. de reb. mancipi nec mancipi) nehmen das Gegentheil an. Allein nach der richtigen, von Schrader, (rechtsgeschichtl. Bemerkungen n. 4. in Hugo, civil. Magaz. Bd. 5. n. 7. S. 174) angenommenen Meinung sind sie in frühern Zeiten den Römern bekannt gewesen. Der Gebrauch derselben hat sich zwar, nach dem die Schriftsprache sich mehr verbreitete,

unter der höhern Klasse der Einwohner verloren, dauerte aber unter den Landleuten fort.

Isidor, (Etymolog. Lib. V. c. 24. in f.) sagt nämlich: dicta autem stipulatio a stipula. Veteres enim quando sibi aliquid promittebant stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes sponsiones suas agnoscebant.

Diese Nachricht hat Isidor aus einem alten Schrriftsteller entlehnt. Die letzten angeführten Worte veranlassen, anzunehmen, daß ein Verfahren geschildert werde, welches mit der jetzt noch vorkommenden Abrechnung durch Kerbhölzer Aehnlichkeit hat. Es ist gar nicht unwahrscheinlich, daß die Römer, wenn sie nicht wie bei der mancipatio in Gegenwart von Zeugen ihre Verträge abschlossen, sich nicht mit dem gegenseitigen mündlichen Versprechen begnügten, sondern durch bleibende Zeichen sich ihre Versprechungen versicherten. Zu der Zeit, wo die Schreibekunst noch nicht im Gebrauch war, konnte dieß auf die beschriebene Art bewirkt werden.

Daß nun jene Stelle des Isidor sich wirklich auf jene Einrichtung bezieht, ist aus den Worten sichtbar: quam iterum iungentes sponsiones suas agnoscebant; diese passen auf das bestimmteste; so auch stipulam tenentes frangebant; stipula ist nicht blos ein Grashalm, sondern auch Rohr, worauf wohl zu schneiden ist (sibes, Stab würde passender seyn), frangere, d. i. die Einschnitte machen.

Obgleich Isidor der Einzige ist, der uns diese Nachricht mittheilt, so kann doch nicht die Richtigkeit der Angabe bezweifelt werden, indem es theils bekannt ist, daß über manche antiquarische Gegenstände wenige Nachrichten vorkommen, theils es nicht anders seyn kann, daß nur Einzelnes aus dem Alterthume, wie aus einem Schiffbruch auf uns gekommen ist, auch sich gerade hier manche Gründe denken lassen, warum wir nicht viel von alten Gebräuchen erfahren haben.

Was nun die Kerbhölzer, als Beweismittel betrachtet, betrifft, so können sie nur alsdann zum Beweise ge-

braucht werden, wenn 1) die Einschnitte oder Kerben genau auf das in den Händen der Gegenpartei befindliche Kerbholz passen; 2) wenn sie unter solchen Personen geführt werden, welche über Lieferungen, die in einem Thun oder Empfangen bestehen, keine schriftlichen Versicherungen geben, sondern solche auf diese Art in Gewißheit setzen.

Was die Beweiskraft selbst betrifft, so sind Einige: als Berlich, (P. I. concl. 36. n 163.) der Meinung, daß sie einen halben Beweis haben; Andere als Möller, (Lib. 4. semestr. C. 37. p. 7.) überlassen im Zweifel die Entscheidung dem Richter; noch Andere: als Wernher, (Obs. sub. v. Kerbhölzer.) Ruland, (de comiss. L. 5. c. n.) Stryck, (de bacillis fisci. Frankf. 1676.) Eisenhardt, (Gr. d. deutsch. Rechts in Sprüchwörtern) Porthier, (Traitè des obligations. part. 4. ch. 1. §. 7. n. 764.) behaupten dagegen, daß sie einen vollen Beweis haben, womit auch die Frankfurter Reformation Th. 1. tit. 13. §. 14.; das Würtemb. Landrecht Th. 1. tit. 14. und der Code Napoleon art. 1333. übereinstimmen. Diese letztere Meinung ist die richtigere: arg. L. 26. D. depositi. L. 29. D. de probat.; denn 1) so wie die ausgeschnittenen Zettel, welche auf ähnliche Art zum Beweise gebraucht werden, Beweiskraft haben, so ist dieß auch bei den Kerbhölzern; 2) sind sie mit beiderseitiger Uebereinstimmung gemacht und als Schuldurkunden zu betrachten, die, wenn sie vom Schuldner unterschrieben sind, gegen ihn beweisen.

§. 273. a M. §. 194.)

Wenn bei Verkauf des Hauses der freie Einsitz vorbehalten wird, so begreift dieser nicht blos die Wohnung.

Da bei den Verträgen mit auf die Absicht der Contrahenten Rücksicht zu nehmen ist, so kann, wenn bei einem Verkauf des Hauses der freie Einsitz vorbehalten worden, darunter nicht blos die Wohnung und Obdach verstanden werden, sondern auch außer dem nöthigen Wohnzimmer andere Theile des Hauses, welche zu einem eingeschränkten Haushalt gehören: Antheil am Keller, Boden. Denn

1) die Bedingungen sind so zu erklären, wie Böhmer, (Consult. et Dec. T. II. P. 1. Res. 683. n. 10.) bemerkt, ut ne fiant inutiles ac elusoriae.

2) Der usus aedium erstreckt sich auf alles, was der, dem solcher zusteht, zu seinen Bedürfnissen nöthig hat. L. 2. §. 1. L. 4. §. 1. L. 5. §. 6. D. de usu et habit.

Hiermit stimmen überein Reinhardt, (ad christ. decis. Vol. IV. obs. 68.) Lauterbach, (coll. th. pract. Pand. Tit. de usu et hab. §. 6.) Musäus, (Beiträge z. deutsch. Recht n. IV.)

§. 273. b (M. §. 194. not. 1.)

Der Kauf der Früchte auf dem Halme ist nur als ein wucherlicher Vertrag verboten.

Die Reichs-Polizeiordnung v. 1548. tit. 19. §. 1. 2. und R.O. 1577. tit. 19. enthalten über den Verkauf der Früchte auf dem Halm die Bestimmung: „daß dasselbe Fürleihen oder Zuvorausgeben anders und mehreres nicht als auf den Schlag auf gemeinen Kauf was nämlich den Wein oder Traid zur Zeit des Contracts oder aber vierzehn Tag die nächste nach dem Herbst oder Ernden gelten wird."

Der Zweck dieser Anordnung ist sonach der: den wucherischen Contracten vorzubeugen, die unter dem Schein der Kaufmannschaft getrieben werden, und welchen der arme gemeine Mann um so leichter sich aussetzt, je geneigter er ist, jetzt Geld zu erhalten und einen künftigen entfernten Gewinn zu entbehren; daneben ist aber auch der Zweck mit darauf gerichtet, daß der arme Mann nicht in Noth gerathe.

Liegt daher dem Verkaufe kein Wucher zum Grunde, so kann auch nach dem Sinne der Reichs-Polizeiordnung ein solcher nicht als ungültig betrachtet werden, wenn nicht Landesgesetze [a]) dieß ausdrücklich bestimmt haben. Es ist daher erlaubt, dergestalt auf die Früchte zu leihen, daß die Bezahlung mit der ausgedroschenen Frucht in dem Preise, den sie 8 Tage vor oder nach Martini, oder überhaupt 14 Tage nach der Erndte hat, erfolge.

Hiermit stimmen überein: Graß, (collatio rec. imper. et iur. rom. sect. VII.) Möser, (patr. Phantasieen Th. 1. n. 22.) Heineccius, (Resp. Reimers; (de venditione illicita fructuum in herbis. Hal. 1738.) v. Kreitmeier, (Annal. z. Cod. Max Th. 2. Kap. 3. §. 21. n. 8.) Fischer, (Cameral- u. Polizeirecht Bd. 2. §. 1020.)

a) s. Cod. Max. bav. Th. 4. K. 4. n. 8. Pr. LR. Th. 2. tit. 7. §. 12.

§. 274. (M. §. 194.)

Nach dem deutschen Recht ist zwischen Haupt- und andern Mängeln zu unterscheiden, nur in Rücksicht der erstern findet die actio redhibitoria statt.

Nach dem römischen Recht ist wohl die von v. Feuerbach (civilist. Versuche Th. 1. not. 2.) aufgestellte Theorie die richtige: daß die redhibitorische Klage statt finde, sowohl wegen Mängel, welche die Brauchbarkeit der Sache völlig aufheben, als auch wegen solcher, die ihren Werth verringern [a])

a) s. L. 25. §. 1. D. de except. rei judicantae. v. Glück, PComment. Th. 20. S. 121.

Allein die Praxis ist den Grundsätzen treu geblieben, welche die ältern Gesetze enthalten und durch neuere bestätigt sind. Zu jenen gehören die Leges bavar. tit. 15. c. 5. [b]) Capitulare 5. cap. 362. Leges anglosax. 56.

b) In dieser Stelle ist deutlich der Grundsatz ausgesprochen, daß die Redhibition nur in kurzer Frist (drei Tage) statt finden soll, und zwar unter der doppelten Voraussetzung, daß der Verkäufer den Fehler gekannt und verheimlicht hatte, und daß der Fehler ein recht erheblicher war. Heiße und Cropp jurist. Abh. 1. S. 165.

Vorzüglich kommt dieser Unterschied bei dem Verkauf der Pferde in Betracht. Im Magdeb. Weichbild art. 97. heißt es: Verkauft ein Mann ein Pferd einem andern binnen Weichbild, da er gewehrschaft angelobet, so soll er ihm gewehren, daß es nicht stetig sey, noch starblind, noch unrechter Ankunft, noch hartsschlegig. [c])

c) J. L. Gutbir, de tribus vitiis equorum capitalibus sax. Ultr. 1694. Berger, oecon. iur. tit. 8. th. 6. n. 1.

Unter Hauptfehlern sind aber nicht diejenigen zu verstehen, wenn der Sache Eigenschaften fehlen, ohne welche der Käufer den Gebrauch, den er bei Anschaffung derselben vorzüglich beabsichtigte, nicht machen kann, sondern vielmehr die, wofür der Verkäufer innerhalb einer gewissen Zeit, ohne darauf zu sehen, ob er sie gewußt, einzustehen schuldig ist. Alle übrigen Mängel, wofür ein Verkäufer nur alsdann zu haften schuldig ist, wenn er sie wissentlich verschwiegen und sich sonach eines Betruges schuldig gemacht, oder auch wenn er versprochen, für alle Mängel gutzustehen, sind zu den gemeinen zu zählen. Der Unterschied ist darum wichtig, weil es bei jenen nicht auf die Wissenschaft des Verkäufers ankommt, wohl aber bei diesen; dann weil bei jenen das edictum aedilitium in seinem ganzen Umfange eintritt, bei diesen aber nicht.

Nach allgemeinen (Hofacker Anleitung zur Beurtheilung der Hauptmängel der Hausthiere. Tüb. 1825.) auch in den meisten particulairen Gesetzen [d]) bestätigten Grundsätzen sind als Hauptmängel bei den Thieren zu betrachten:

d) Pr. LR. Th. 1. tit. 11. §. 199.

1) bei den Pferden: [e]) Räudigkeit, wegen der Gefahr der Ansteckung, Rotz, Herzpochen, Herzschlägigkeit, Mondblindheit, Koller. Wenn gleich dieser letztere Fehler gewöhnlich nur durch die schlechte Behandlung der Vieharzte gefährlich wird, so treten doch genug Gründe ein, ihn zu den Hauptmängeln zu zählen.

e) Nach braunschweigischen Gesetzen: rotzig, kollerisch, hartschlägig. Willich Auszug der churbrand. Gesetze. Th. 2.

C. Maximil. bav. Th. 4. C. 3. §. 23. Rotzig, raudig, herzschlägig.

Pr. LR. Th. 1. tit. 11. §. 205. Dampfigkeit, Raudigkeit, herzschlagig, Räude, wahre Stetigkeit.

2) Beim Rindvieh können als Hauptmängel angesehen werden: Lungenfäule, Brust- und Bauchwassersucht, fallende Sucht;

3) bei Schaafen: Pocken, Brust- und Bauchwassersucht, Lungenfäule;

4) bei Schweinen: fallende Sucht, Finnen. [f]

f) Das Pr. LR. a. a. O. in §. 204. bestimmt, daß der Käufer, wenn sich die Finnen in 8 Tagen nach der Uebergabe zeigen, vom Kauf zurückgehen kann.

Wenn gleich nach neuern Untersuchungen die Finnen der Schweine der Güte des Fleisches nichts benehmen, (Graumann, Abhandl.) auch deßhalb der Verkauf desselben gestattet ist, (Berg, Polizeirecht Th. 2. S. 1122.) und Mehrere annehmen, daß die actio redhibitoria unstatthaft sey, so ist doch die Meinung derer, welche das Gegentheil behaupten, weit gegründeter: s. Lange, (Ueber die Gewohnheit, die redhibit. Klage bei den Franzosen Geschwulsten des Rindviehs anzuwenden.) Quistorp, (rechtl. Bemerkungen N. 65.). Denn es kann wohl Niemanden zugemuthet werden, wenn gleich nicht schädliches, dennoch unreines Fleisch zu genießen.

Was die Gewährszeit selbst betrifft, so enthalten die Particulair-Gesetze verschiedene Bestimmungen. [g]

g) Nach dem Cod. Max. a. a. O. ist sie auf 14 Tage nach dem Abschluß des Kaufs bestimmt. Das Pr. LR. a, a. O. §. 203. bestimmt, daß wenn nach 24 Stunden nach der Uebergabe sich die Krankheit äußert, den Schaden der Regel nach der Käufer trage, wenn nicht erwiesen werden kann, daß die Krankheit schon vorher vorhanden gewesen. Bei Krankheiten der Pferde werden vier Wochen, bei Krankheiten der Schweine acht Tage angenommen.

Im Allgemeinen läßt sich blos annehmen, gestützt auf die Meinung der Roßärzte, daß da die Krankheit des Rotzes sich früher als die der Räudigkeit äußert, sonach bei jener die Gewährszeit weit kürzer, als bei dieser ist. Bei der Herzschlägigkeit, Koller und Mondblindheit läßt sich die Zeit des Ausbruches nicht leicht bestimmen. Man kann aber wohl im Betreff des Rotzes eine Zeit von 14 Tagen, bei der Räudigkeit 3 Wochen, und bei allen übrigen vier Wochen annehmen.

Wenn nun während dieser Gewährszeit sich ein solcher Mangel äußert, so entsteht die Vermuthung, daß dieser Fehler, schon zur Zeit der Abschließung des Kaufes vorhanden war. Dieß ist aber keine praesumtio obsoluta, oder praesumtio juris et de jure, welche den Gegenbeweis ganz

ausschließt: denn 1) kann gegen eine jede Rechtsvermuthung der Beweis des Gegentheils geführt werden. [h])

h) Weber, Ueber die Beweisführung im Civil-Prozeß. S. 143.

2) Ein Hauptmangel kann auch aus Ursachen entstehen, die nach dem erfolgten Verkauf eingetreten sind, so Herzschlägigkeit dadurch, daß das Pferd zu sehr erhitzt wird.

3) Fehlt es ganz an Rechtsgründen, eine solche praesumtio zu einer absoluta zu erklären, indem der Käufer durch die, beim Ausbruch der Krankheit während der Gewährszeit ihm zu statten kommende Rechtsvermuthung, ohnedieß sehr viel gewinnt, indem er deßhalb von dem Beweise dessen, daß der Hauptmangel zur Zeit des Contracts bei dem Viehe vorhanden gewesen sey, befreit wird, welchen er sonst nach gemeinem Recht zu übernehmen verbunden seyn würde.

Daß dieser Unterschied zwischen Hauptmängeln und andern gegründet, und blos in Ansehung der erstern die actio redhibitoria statt habe, in Rücksicht der letztern aber die actio quanti minoris, haben nicht nur ältere sondern auch neuere Rechtsgelehrte angenommen.

Huber, (Praelect. i. civil. ad Pand. de aedilatio edicto §. 6) Böhmer, (Doctr. de actionib. Sect. 2. c. 8. §. 75.) Ludovici, (usus pract. dist. iurid. de aed. edict. Dist. 1. §. 1.) Westphal, (Lehre v. Kauf. §. 468. 469.) Höpfner, (Commentar über die Inst. §. 734.) Westhoff, (vindiciae communis doctrinae de actione redhibitoria ad vitium rei venditae minus principale haud competente, adversus Feuerbachii objectiones. Helm. 1804.) Manfeld, (de usu actionum aedilit. redhibitoria et quanti minor. Lpz. 1827.) Eichhorn, (Einl. §. 97.)

Andere dagegen behaupten: daß auf diesen Unterschied keine Rücksicht zu nehmen, und die redhibitorische Klage sowohl dann statt fände, wenn die Brauchbarkeit der Sache völlig aufgehoben, als wegen solcher, die ihren Werth verringern: als Feuerbach, (a. a. O.) Zauner, (in Dig. iur. civil. P. 3. Lib. 4. tit. 19.) Thibaut, (System d. PR. B. 1. §. 192.) Schweppe, (röm. Privat-

recht B. 2. §. 384.) Bucher, (Recht der Forderungen §. 68) Zachariä, (Inst. d. röm. Rechts Lib. 3. tit. 24. S. 728.) s. auch v. Glück, (PComm. B. 20. §. 4.) Mittermaier (a. a. O.) läßt ihn bei dem Pferdehandel eintreten.

§. 275. (M. §. 194.)

So wenig nach Ablauf der Gewährszeit die redhibitorische Klage ganz ausgeschlossen wird, so wenig wird nach Ablauf der Klageverjährung der Verlust der Einrede bewirkt.

1) Es muß zwischen Verjährung der redhibitorischen Klage und Ablauf der Gewährsfristen unterschieden werden. Der Ablauf der letztern hat blos die Wirkung, daß Kläger nun zu beweisen habe, daß die Mängel schon innerhalb der Gewährszeit entstanden sind, da er sonst von diesem Beweise frei ist, womit unter andern Weishaar, (würt. Privatrecht Th. 3. S. 22.) Bielitz, (Commentar zum PLR. Th. 2. S. 454.) übereinstimmt. Andere dagegen sehen diese für die Gewährung bestimmten Fristen als wahre Verjährungszeiten an, wie Zangen, (Beitr. 2. S. 222.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 692.) u. Mittermaier, (a. a. O.) und schließen sonach die Wandelungsklage aus.

2) Die Verjährung der redhibitorischen Klage ist nach dem römischen Recht zu beurtheilen, nach welchem sie in 6 Monaten eintritt. (L. 38. D. de aed. ed.) Die Meinung der Rechtslehrer, daß das tempus utile nach der L. 7. c. de temp. in integr. zu quadrupliciren sey, wie Stryck (us. mod. Pand. de aed. edicto §. 33.) und Wernher, (select. observ. for. T. 3. P. 1. ob. 113. n. 4.) annehmen, ist deßhalb zu verwerfen, weil Justinian die Verordnung Gordian's (L. 2. c. de aed. act. wo es heißt: etiam redhibitoriam actionem sex mensium temporibus, vel quanti minoris, anno concludi, manifesti iuris est,) ohne alle Abänderung in dem Codex aufgenommen hat, wie v. Glück (Th. 20. S. 161.) hinlänglich bewiesen hat. Mehrere behaupten nun, daß die Einrede in der nämlichen Zeit, wie die redhibitorische Klage verjähre: als Ascher, (Diss. de

praesc. redhibitionis §. 23.) Schmidt, (Commentar üb. s. Vaters Lehrb. v. Kl. und Einreden. Th. 4. §. 933.) und zwar darum 1) weil hier die Regel: quae ad agendum sunt temporalia, ea ad excipiendum sunt perpetua, darum unanwendbar sey, weil die Absicht der Aedilen nicht darauf gerichtet gewesen seyn könnte, dem Käufer die Befugniß, zu redhibiren, auf immer zu gestatten; 2) sey dem Käufer diese Einrede darum nicht zuständig, weil doch ein Betrug von seiner Seite anzunehmen sey, daß er so lange gewartet habe. Allein mit Recht wird von Andern diese Meinung verworfen. Hommel, (Rhaps. quaest. for. Vol. 3. obs. 481.) Weber, (Beitr. zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden St. 1. N. 1. S. 6 — 11.) Höpfner, (Comment. z. Inst. §. 1119. n. 2.) Thibaut, (System d. PR. B. 2. §. 1040.) v. Glück, (Pandecten-Comment. B. 20. S. 162.) Denn es kann dem Käufer nicht zugemuthet werden, durch Anstellung einer Klage, wozu ihn die Gesetze nicht nöthigen, sich aus dem Vortheil zu setzen, den er als Beklagter zu genießen hat. Ueberdieß wird ja durch die extinctive Verjährung nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung durch Klagen ausgeschlossen; sonach muß wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit so lange eine Einrede statt finden, bis man Gesetze beibringt, welche das Gegentheil verordnen.

§. 276. (M. §. 194.)

Die Beschränkung der Wandelungsklage auf bestimmte Hauptmängel schließt übrigens in der Regel die Würdigungsklage (actio quanti minoris) nicht aus.

Dem Käufer steht die Wahl frei, die Sache zu behalten, und sich mit der Rückgabe eines Theils des Kaufgelds zu begnügen, oder auf die Aufhebung des Vertrags zu dringen, wie sich aus der L. 48. D. de aedil. ed. ergiebt. Findet er die Sache, wenn sie einen Hauptmangel hat, dennoch brauchbar, (denn es können ja in Particulair-Gesetzen noch andere als die im §. 274. angegebenen, vorgeschrieben

ben seyn) so ist kein Grund vorhanden, ihm dieses Wahlrecht zu nehmen. Dieser Meinung sind: Kreitmayer, (Anmerk. z. C. M. Th. 4. tit. 4. c. 3. §. 23. n. 2. S. 207.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 397.) Eichhorn, (Einl. §. 97.) Der entgegengesetzten aber: Münter, (Roßtauscherrecht 2te Ausgab. Hann. 1796. S. 213.) und Weishaar, (würt. Privatrecht Th. 3. S. 19.) s. a. Pr. LR. Th. 1. tit. 11. §. 206.

§. 277. (M. §. 194.)

Der Einwand über Verletzung über die Hälfte ist nicht bei öffentlichen Versteigerungen ausgeschlossen.

Da die Bestimmungen über fiscalische Versteigerungen auf alle Arten von Versteigerungen nicht angewandt werden können, so ist auch nach richtiger Meinung die exceptio laesionis enormis nicht ausgeschlossen, es sey denn, daß ein Landesgesetz das Gegentheil bestimmt. [i])

i) Wie in Sachsen Dec. 19. v. J. 1746. (C. C. A. T. 355.) Berger, (elect. disc. for. ad Tit. XXXIX. obs. 9. not. 4.) Haubold, (sächs. Privatrecht §. 279.)

Hiermit stimmen überein: Stryck, (de beneficio dandi in solutum C. 5. n. 34.) Böhmer, (T. II. Dec. 365. n. 7.) Harpprecht, (in Com. J. ad §. fin. J. de emt. et vend. n. 239.) Lauterbach, (ad Tit. de resc. Vend. §. 39.) Mencken, (de reciss. emt. per subhast. laesionem enormem.) Leyser, (med. ad D. sp. 205. m. 2.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 5. n. 69.) Hofacker, (Princip. iur. civil. §. 1939.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere als: Philipp, (de subhast. Cap. 4. com. 22. n. 2.) Wernher, (Tom. I. Part. III. obs. 132.) Hellfeld, (iurispr. for. §. 1030.) Klein, (Rechtssprüche IV. n. 44.) Kopf, (merkw. Civilrechtssprüche S. 14.) nehmen das Gegentheil an.

§. 278. (M. §. 194.)

Wenn der Meistbietende das Kaufgeld nicht erlegt, so tritt die lex commissoria nicht ipso iure ein.

1) Die lex commissoria kann bei keinem Geschäft stillschweigend vermuthet werden, sondern muß ausdrücklich hinzugefügt seyn, wenn sich dessen Wirkung äußern soll; ob moram in implendo kann nicht auf die Aufhebung, sondern nur auf dessen Erfüllung geklagt werden, wenn nicht ein anderes, und daß bei dessen Nichterfüllung der Contract aufhören solle, ausdrücklich verabredet und festgesetzt worden ist. Selbst alsdann, wenn die Zahlung des Kaufgeldes an einem bestimmten Tage versprochen und nicht erfolgt ist, hört die Gültigkeit des Contracts, selbst wenn nicht clausula cassatoria expressis verbis hinzugefügt ist, nicht auf, obgleich der Käufer zum vollständigen Schadenersatz verbunden ist. [k])

k) L. 8. C. de contrah. emt. L. 14. C. de resc. vend. L. 12. C. de rei vind.

2) Ein Gleiches hat bei Subhastationen statt, in sofern nicht ein anderes durch ausdrückliche Gesetze bestimmt, oder dieser Art der Contracte besondere Vorzüge beigelegt sind. Es ist kein Grund vorhanden, einer Subhastation Eigenschaften und Wirkungen beizulegen, die nicht aus der Natur der Sache folgen.

3) Wenn es gleich gewiß ist, daß das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe allein übergeht, wenn nicht das Kaufgeld bezahlt, es sey denn auf Credit verkauft, so erlangt doch bei Subhastationen der Contract durch die Adjudication seine Vollkommenheit. Der Käufer hat sonach durch dieselbe ein so vollkommnes Recht erlangt, daß ohne seine Einwilligung der Vertrag nicht wieder aufgehoben werden kann.

4) Wenn man auch annehmen wollte, daß jeder Adjudicationsbescheid die stillschweigende Bedingung enthalte, daß, wofern die Bezahlung der Kaufgelder in der gesetzten Zeit nicht erfolgt, der Käufer sich die anderweitige Subhastation der Grundstücke auf seine Gefahr und Ko-

sten müsse gefallen lassen; [1]) so ist dennoch darin keine lex commissoria enthalten, nämlich so, daß der Käufer mit dem Augenblick der nicht zur gehörigen Zeit erfolgten Zahlung alles Recht aus der erhaltenen Adjudication verloren habe. Der Contract bleibt rechtsbeständig, so daß den Käufer nicht nur die Unglücksfälle treffen, welche jeder Licitant von dem Tage des publicirten Adjudicationsbescheids an übernehmen muß, sondern ihm auch, bis zur erfolgten anderweitigen Subhastation und Adjudication moram zu purgiren, und durch Erfüllung des Contracts der Execution oder Subhastation und Adjudication vorzubeugen, freisteht.

Hiermit stimmen überein: Voet, (ad Pand. L. 19. tit. 1. §. 21.) Leyser, (Sp. 204. med. 3.) Madihn, (Diss. de effectu legis commiss. parte pretii soluta §. 3.) Kind, (Quaest. for. T. 1. c. 44. p. 179.) Die Entscheidung der preuß. Gesetzcomm. (in Kleins Annalen d. Gesetzgeb. B. 5. S. 156.) v. Glück, (Pandecten Comm. B. 16. S. 308.)

Andere als: Berger, (oec. iur. Lib. IV. Tit. 29. th. 3. not. 2.) Crell, (Diss. de lege commissaria subhastationib. tacite inesse. Vit. 1746.) Hildebrandt, (Diss. de lege comiss. §, 5.) nehmen die entgegengesetzte Meinung an.

1) Wie unter andern die Pr. GO. Th. 1. tit. 52. §. 62. bestimmte.

§. 279. (M. §. 195.)

Bei Subhastationen ist ein pactum addictionis in diem tacitum anzunehmen.

1) Das pactum addictionis in diem ist nicht zu vermuthen, es muß dem Kaufvertrage ausdrücklich hinzugefügt seyn, wenn es von Wirkung seyn soll.

2) Nach der L. ult. D. de jure fisci L. 4. c. de fide et jure hastae fiscal. findet jedoch bei Auctionen und Subhastationen eine Ausnahme statt, so daß bis zum letzten Zuschlag die addictio in diem eintritt. Der Fiscus hat nur das Vorrecht, daß wenn Sachen, die demselben gehö-

ren, versteigert worden sind, ein besseres Gebot auch nach dem Zuschlage angenommen, und hierdurch der erste Kauf wieder aufgehoben werden kann, so fern der Licitationstermin noch nicht verstrichen ist. [m])

m) Hofacker, Princip. i. civil. T. 3. §. 1965.

Bei andern Subhastationen ist der Meistbietende nach dem Zuschlag gesichert, wenn auch gleich Güter der Städte auf diese Art veräußert worden sind. [n])

n) L. 21. f. ult. ad municipalem.

Bei Auctionen und Subhastationen versteht sich also nach der Natur der Sache die addictio in diem bis zum erfolgten Zuschlage von selbst.

3) Ist ein Privatverkauf durch Vertrag verabredet und bestimmt, daß jedes Gebot bis zum Licitationstermine angenommen werden soll, so unterscheidet sich diese addictio in diem expressa, von prius tacita, daß Letztere immer nur eine Suspensiv-Bedingung ist, dagegen erstere eine Resolutiv- und Suspensiv-Bedingung seyn kann; daher ist auch der Kauf bis zur erfolgten Adjudication noch unvollkommen. Hieraus folgt aber noch nicht, daß vor erfolgtem Zuschlag dem Licitanten jederzeit frei steht, sein Gebot zurückzunehmen: dieß würde gegen den Grundsatz anstoßen, daß bei einem bedingten Versprechen der Promittent den Ausgang der Bedingung abwarten muß, und pendente conditione nach Willkühr nicht zurücktreten kann. So ist es auch bei addictio in diem expressa, welcher eine Suspensiv-Bedingung beigefügt wurde, von dieser ist der Schluß auf die addictio tacita vollkommen gültig. [o])

o) Berger, Resolut. Leg. obst. de in diem addict. p. 311. u. elect. discept. for. T. 39. p. 1145. Wernher, obs. for. T. 2. P. X. obs. 353. n. 13.

Der Erstbietende ist sonach an sein Gebot gebunden, und wird nur erst alsdann von seiner Verbindlichkeit frei, wenn des Ueberbietenden Angebot angenommen ist. Denn auch bei den Subhastationen hängt es von der Willkühr desjenigen ab, zu dessen Vortheil die Subhastation geschieht, ob er das bessere Gebot des zweiten Licitanten annehmen will, oder nicht.

Hiermit stimmen überein: Balthasar, (de class. credit. p. 5.) Schilter, (Exercit. exerc. 30. §. 50. §. 51.) Schmid, (Diss. de primo apud hastam licitatore post acceptatum sec. statim liberato. praes. Deinlein Alt. 1748.) Wernher, (a. a. O.) Günther, (Princip. iur. rom. priv. noviss. Tom. 2. §. 1067. in fin.) Thibaut, (System d. PR. B. 2. §. 958.) Schmidt, (über Klagen und Einreden §. 904.) v. Glück, (PComm. Th. 16. S. 268.)

Dagegen behaupten Andere, daß es dem Licitanten vor erfolgtem Zuschlag jederzeit freistehe, sein gethanes Gebot zurückzunehmen. Carpzov, (iurisp. for. P. 1. const. 32. Def. 45.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 5. Bd. 28.) v. Quistorp, (rechtl. Bemerk. Th. 1. Bemerk. 10.)

Die Behauptung Einiger, unter andern Schilter, (Prax. i. rom. Exerc. 30. §. 49 — 51.) daß der erste Licitant auch nach der Annahme des zweiten bis zur erfolgten Adjudication verbunden bleibe, wenn der zweite Licitant insolvent seyn sollte, ist der L. 14. §. 2. D. de in diem addict. entgegen, und wird auch von den meisten Rechtsgelehrten, als von Stryck, (us. mod. Pand. Lib. 18. tit. 2. §. 4.) verworfen.

§. 280. (M. §. 195.)

Die Grundsätze von Darlehnen und den Zinsen sind auf den Rentenkauf unanwendbar.

Der Rentenkauf unterscheidet sich nicht blos dadurch von dem Darlehn, daß bei dem erstern nur der Schuldner kündigen kann, (Möser, patriot. Phantasien Th. 2. n. 18. S. 103.) sondern auch dadurch, daß die Bestimmungen in Ansehung der Zinsen wie bei dem Darlehn nicht auf den Rentenkauf anwendbar sind. Es können daher auch angeschwollene rückständige Renten gefordert werden, wenn sie gleich den Betrag des Kapitals übersteigen, was nach der richtigen Meinung beim Darlehn wegfällt, (s. §. 266.) auch sind Verzugszinsen zulässig.

Hiermit stimmen überein: Becmannorum, (Cons. 2. 88. n. 11. 17.) Schröter, (Abhandl. B. 1. S. 260.)

Mittermaier, (a. a. O.). Das Gegentheil behauptet Carpzov, (Def. P. 3. const. 24. Def. 16. 20.)

§. 281. (M. §. 196.)

Retract und Losung sind von einander zu unterscheiden.

1) Die Losung setzt einen Kauf voraus, der Retract kann aber auch bei andern Veräußerungsarten eintreten. Dieß letztere ersieht man aus dem Schwabenspiegel K. 312. „Gibt eyner sein eygen wider seyner Erben Willen hin, und on des Vogts Ding, sey sollen für den Richter furen und sollend es versprechen und der Richter soll es antworten den Erben." Hier wird vom Hingeben eines Guts, also nicht blos vom Verkauf gehandelt. Im art. 52. d. Sachsenspiegels heißt es: „Ohne den Erben Urlaub und außer dem rechten Gerichte muß niemand sein Eygen oder seine Leute weggeben. Vergiebt jemand dergleichen wider Recht ohne der Erben Erlaubniß, so kann sich der Erbe dessen mit Urtheilen überwinden, eben so, als ob jener, der es vergab, da er es wegzugeben nicht vermochte, bereits todt wäre." In der lateinischen Uebersetzung ist das Wort weggeben durch alienare, und das Wort vergeben durch donare übersetzt. Hiermit stimmt auch das Weichbild art. 20. überein.

2) Dem Retract geht zwar gewöhnlich ein Verkauf der zu lösenden Sache voraus, daher wird dieser mit Recht für ein natürliches Erforderniß der Losung gehalten; hieraus folgt aber nicht, daß er ein wesentliches Erforderniß sey, daß sich ohne dasselbe kein Retract denken lasse oder statt haben könnte. Daher ist es auch unrichtig, in dem Begriff das Wort Kauf aufzunehmen.

Hiermit stimmen überein: v. Schweder, (Disp. 24. de iure agnator. in feudis T. 1. p. 1212. §. 38. Retractus sagt er: locum potissimum habet in venditione, vel quando pretium intervenit.) v. Glück, (PComment. Th. 16. S. 158.) Batz, (Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts. Tüb. 1816. n. 18.)

Das Gegentheil nimmt an: Walch, (Abhandl. v. Näherrecht S. 60. 87. 104. 118.). Seine Gründe sind, weil 1) ein Retrahent das Näherrecht nicht ausüben könne, wenn er nicht die Bedingungen, unter welchen die Sache von dem bisherigen Besitzer auf den Dritten veräußert worden, eben so wie der Andere erfüllen könne; 2) habe der Retract dann nicht statt, wenn nicht dem bisherigen Besitzer es völlig gleichgültig sey, ob dieser oder ein Anderer die Sache erhalte, da, wenn auch gleich der Retract aus einem Gesammteigenthum entsteht, dasselbe dennoch das wirkliche Eigenthum des Inhabers der Sache, und die damit verbundene Befugniß die Sache zu veräußern, nicht dergestalt einschränken könne, daß dabei der Besitzer seine Sache einem Dritten mit einer Art von Nachtheil überlassen müsse. Da nun aber lediglich beim Kauf beide Erfordernisse anzutreffen sind, so seien auch alle andere Arten der Veräußerungen vom Retract ausgeschlossen; womit Zangen, (Beit. 1. S. 32.) Danz, (Handb. d. deut. PR. Th. 2. S. 198.) Hofacker, (Princip. iur. civil. T. 3. §. 1970.) Mittermaier, (a. a. O.) Eichhorn, (Einl. §. 99.) der Cod. Max. bav. Th. 4. Cap. 5. §. 9. das badische Landrecht §. 1701. a. c. Pr. LR. Th. 1. tit. 20. §. 575. übereinstimmen.

§. 282. (M. §. 196.)

Zum Beweise irgend einer Retractsart kann die Constitutio Friederici (de jure προτιμησεως v. Feud. tit. 13.) nicht gebraucht werden.

Die Constitutio Friedrichs zählt genau die Fälle auf, in welchen eine Sache, an welcher einem Dritten ein Gesammteigenthum zusteht, veräußert werden kann, und bestimmt nicht allein die Personen, denen das Eigenthumsrecht zusteht, sondern giebt auch die Ordnung an, in welcher es ausgeübt werden solle, wie sich der Verkäufer und Retrahent zu verhalten habe, in welchen Fällen der Retract wegfalle, und wie der Verkäufer dasjenige, was in dem geschlossenen Vertrage verabredet worden, eidlich anzuzeigen habe. Abgesehen davon, daß in dieser Verordnung nicht des nach-

barlichen Retracts erwähnt wird, so kann sie darum nicht zum Beweise gebraucht werden, weil sie von dem Kaiser in der Eigenschaft als Oberlehnsherr in Italien gegeben, und überdieß in den capitulis extraordinariis aufgenommen ist, welche bekanntlich kein gesetzliches Ansehn haben. In historischer Hinsicht ist sie aber von Wichtigkeit, indem sie ein unverwerfliches Zeugniß für den ehemaligen allgemeinen Gebrauch des Retracts liefert.

Hiermit stimmen überein: Stryck, (usus mod. P. Lib. 18. tit. 1. §. 18.) Hellfeld, (Repert. sub v. Congrui §. 1. 2.) Leyser, (Medit. ad D. sp. 196. §. 1.) von Kreitmayer, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 4. C. 5. §. 16. n. 2.) Danz, (Handbuch d. deut. PR. Th. 2. S. 186.) Mittermaier (a. a. O.)

Das Gegentheil nehmen alle diejenigen an, welche diese Constitution für Deutschland verbindlich halten. (Davon im Lehnrecht, Böhmer, (prin. iuris feudalis §. 24.)

§. 283. a. (M. §. 196.)

Der nächste Grund des Retracts ist Gemeinschaft.

Die Idee der Gemeinschaft liegt geschichtlich bei allen Retractsarten zu Grunde; aus dem Wesen und Begriff der einzelnen Retractsarten fließt sie aber nicht unmittelbar.

Denn so liegt bei dem lehns = grundherrlichen Retract, so wie bei dem des Zins = und Erbzinsherrn das Obereigenthum, bei dem Gauerben = und Samtbelehnten = Retract das Gesammteigenthum, bei der Erblosung das zuverlässige oder doch muthmaßliche Erbrecht, bei reichsritterschaftlichem Retract, bei der Marklosung das Corporationsrecht, bei dem Gespilde = und Nachbarrecht Gemeinschaft zu Grunde.

Hiermit stimmen überein: Gail, (Lib. 2. obs. 19. n. 10.) v. Selchow, (jurist. Bibliothek B. 2. S. 598.) Pufendorf, (T. 2. obs. 4. §. 2.) Runde, (a. a. O. §. 195.) Danz, (Handbuch 2. S. 196.) Griesinger, (a. a. O. S. 956.)

Andere behaupten dagegen, daß Gesammteigenthum der allgemeine Grund sey: als Walch, (Nä=

herrecht S. 102.) Allein dieser kann weder der Geschichte noch den Begriffen nach angenommen werden.

§. 283. b. (M. §. 196.)

Keine Art des Retracts hat gemeinrechtliche Gültigkeit; sonach muß der Beweis derselben selbst bei der Erblosung geführt werden.

Ein Institut kann nur alsdann als allgemein rechtsgültig in deutschen Bundesstaaten betrachtet werden, wenn es auf allgemeinen Gesetzen beruht; denn die Uebereinstimmung noch so vieler Particulair-Rechte begründet nicht die Allgemeinheit, auch ermangelt es an allgemeinen Gewohnheitsrechten. (s. §. 48. 49.)

Nach dem römischen Recht wird den Verwandten dieses Recht abgesprochen. (L. 14. c. de contr. emt. et pactis.) Die Verordnung Friedrichs II. ist unverbindlich. Wenn man auch annehmen will, daß die Erblosung die älteste Art des Retracts ist, so hat sie doch nicht die Vermuthung des allgemeinen Gebrauchs für sich, und es muß sonach derjenige, der sich auf solche beruft, im Falle des Widerspruchs beweisen, daß solche an dem Orte, wo er sie ausüben will, durch Gesetz oder Gewohnheit begründet sey.

Dieser Meinung sind: Wernher, (Select. obs. for. Tom. 1. P. 3. obs. 162.) Stryck, (de successione ab intest. Diss. 6. Cap. 1. §. 15.) Leyser, (Meditationes ad Pand. Vol. 3. sp. 193. med. 2.) Hofacker, (Prin. iur. civil. T. 3. §. 1970.) Pufendorf, (observ. iur. univ. T. 1. obs. 133.) Danz, (Handbuch des deut. Privatr. B. 2. §. 196.) Göß, (rechtliche Entscheidungen der jurid. Facultät zu Altorf. n. 14. S. 187.) v. Glück, (PComm. Th. 16. §. 994. S. 180.) Eichhorn, (Einl. §. 99.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere als: Gail, (observ. vet. Lib. 2. c. 19.) Schilter, (Prax. iur. rom. Exerc. 30. §. 138.) Struben, (Nebenstunden Th. 5. Abh. 32. §. 24.) Selchow, (elementa iur. germ. §. 591.) Winckler, (de retractu gentilitio iuris germanici universalis provocantem in fun-

data intentione constituente) v. Kreitmayr, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 4. C. 5. §. 2.) Walch, (Näherrecht B. 2. Hauptst. 2. Ab. 1. Abth. 1. Abh. §. 23. S. 262.) Runde, (Gr. des deut. Privatr. §. 196.) nehmen das Gegentheil an.

§. 284. (M. §. 196.)

Zwischen Vorkauf, Wiederkauf und Näherrecht ist ein wesentlicher, gewöhnlich unrichtig aufgefaßter, Unterschied.

Unter Vorkaufsrecht wird gewöhnlich das Recht verstanden, im Fall einer Versteigerung den Vorzug vor allen übrigen zu verlangen, mit der Verpflichtung, alle Bedingungen zu erfüllen, welche der Käufer übernommen hat. Allein dieser Begriff paßt blos auf das gesetzliche Vorkaufsrecht, bei einem bedungenen und testamentarischen kommt alles auf die Verabredung der Contrahenten und Verfügung des Testators an. Der Vorkauf ertheilt den Berechtigten die Befugniß, von dem Käufer zu fordern, daß wenn er sie wieder zu verkaufen willens ist, Niemandem solche als dem Verkäufer überlasse.

Der Wiederkauf legt dem Käufer die unbedingte Verbindlichkeit auf, die ihm verkaufte Sache dem Verkäufer auf dessen Verlangen wieder zurück zu verkaufen, wenn gleich derselbe die unter dem Vertragsgesetz des Wiederkaufs erhandelte Sache für sich zu behalten willens wäre.

Mit diesen richtigen Begriffen stimmen überein: Madihn, (Diss. de iure protimeseos eiusque a iure retractus discrimine. Halae 1758. §. 6.) Westphal, (Lehre d. gem. Rechts vom Kauf-, Pacht-, Mieths- und Erbzinscontract §. 671.) Geiger u. Glück, (Rechtsfälle B. 2. n. 21.)

Dagegen findet man in Hellfeld, (Iurisp. for. Tom. 1. §. 990.) Eisenhardt, (Inst. iur. germ. privati Lib. 3. Tit. 8. §. 28.) Walch, (Näherrecht Buch 1. Hauptst. 1. §. 4. S. 76.) unrichtige Begriffe.

Der Unterschied zwischen Vorkaufsrecht und Retract wird gewöhnlich darein gesetzt, daß jenes dann,

wenn der Kauf durch Uebergabe noch nicht vollzogen ist, ausgeübt werden kann, dieses aber nach geschehener Veräußerung; Walch, (a. a. O. S. 251.) Mittermaier, (a. a. O.)

Allein mit Recht wird dagegen von Andern bemerkt, daß es ganz gegen die Natur des Näherrechts seyn würde, wenn es nicht auch vor der Uebergabe ausgeübt werden könnte. Das Näherrecht ist ein anerkannt stärkeres Recht als das Vorkaufsrecht: es würde aber ein schwächeres Recht seyn, wenn es erst durch die Consummation und nicht schon durch die Perfection des Kaufes begründet würde. Madihn (a. a. O. §. 12. p. 37.) sagt: iuris retractus auxilio non omnia solum consequi possumus, quae iuris protimeseos constituunt effectus, sed vires suas adeo extendit, ut alienationes quoque irritas faciat. v. Glück (Pand.-Comm. Th. 16. S. 199.) sagt: welche auffallende Inconsequenz würde es nicht seyn, wenn man behaupten wollte, vermöge des Retracts könne zwar eine schon geschehene Veräußerung wieder aufgehoben, aber die Vollziehung des Kaufs nicht verhindert werden. Eichhorn (Einl. §. 100.)

§. 285. (M. §. 197.)

Die aus dem bedingten Retract entspringende Klage ist keine actio in rem scripta, kann aber in dem Sinne, wie auch bei Reallasten von Dinglichkeit gesprochen wird, dinglich genannt werden.

1) Mehrere Rechtslehrer sind der Meinung, daß die Klage eine persönliche sey, welche blos gegen den Paciscenten und seine Erben statt habe, nicht aber gegen einen dritten Besitzer, wenn die Sache einmal veräußert worden: welche Meinung von Struve, (Synt. iur. civil. Exerc. 23. Th. 48.) Schilter, (Praxis iur. rom. Exercit. 30. §. 139.) Walch, (a. a. O. S. 303.) Hofacker, (Principia iur. civil. Tom. 3. §. 1963. 1971.) Thibaut, (civil. Versuche B. 2. S. 67.) angenommen ist. Allein die Retractsklage, sofern sie gegen den Käufer gerichtet ist, wird gegen denselben zunächst dann gegeben, wenn er gegen das Ver-

bot veräußert, und die Natur derselben wird offenbar nicht durch eine dem Käufer auferlegte besondere Verbindlichkeit bestimmt, sondern dadurch, daß die Veräußerung unkräftig ist.

2) Andere sind der Meinung, daß sie eine dingliche Klage sey; Bocer, (de iur. retract. Cl. 3. Diss. 22. th. 38.) Fromann, (Diss. de iure retr. Th. 20. 22. 24.) Schöpf, (Diss. de iure retract. conventionali et test. Tüb. 1758. C. 1. §. 7.) Heimburg, (de retractu gentilitio iure in re §. 15.) Walch, (a. a. O. S. 231 — 41.) und Griesinger, (Comm. über d. würt. Landrecht Th. 3. §. 210.) nehmen an, daß wenn der Eigenthümer der Sache, bei der Uebertragung seines Eigenthumsrechts auf einen Andern, sich das Näherrecht auf den Fall einer von diesem vorzunehmenden Veräußerung der Sache ausbedingt, ein solcher Vertrag die Sache so afficire, daß dieselbe cum suo onere als ein mit dem Retract beschwertes Gut auf den neuen Käufer übergehe. Sie stützen sich vorzüglich auf die L. fin. Cod. de pactis inter emtor. et vendit. Allein aus den Worten derselben kann man dieß nicht annehmen, wie v. Glück (PComm. Th. 13. S. 62.) bewiesen hat.

3) Noch Andere sind der Meinung daß sie eine actio in rem scripta sey: Wittmann, (Diss. iur. Bav. et com. quoad ius retractus. Ingolst. 1565. C. 13. §. 2.) Eichhorn, (Einl. §. 103.) Roßhirt, (civilist. Magazin B. 8. S. 61.) v. Speckner, (über die Dinglichkeit der Einstandsklage: München 1820.) Allein da hier das Nämliche statt hat, was in einem solchen Fall eintritt, wo das pactum de non alienando gegen den Dritten, an welchem die Sache, dem Vertrag zuwider, veräußert worden, so würde diese Behauptung nur unter gewissen Voraussetzungen angenommen werden können. (Walch a. a. O. S. 235.) Diese Voraussetzungen und besondern Fälle sind nun folgende: 1) wenn der Dritte wußte, daß die Sache nicht verkauft werden konnte, indem sie dem Näherrecht unterworfen; 2) wenn der Vertrag dahin geschlossen, daß, wenn demselben zuwider gehandelt werden würde,

das Eigenthum für ihn nicht übertragen gehalten werden soll; wenn 3) der Vertrag im Hypothekenbuch angemerkt worden. p)

p) Eichhorn (Einl. §. 101.) ist der Meinung, daß mit einem bedingten Verkaufsrecht durch besondere Verabredungen das Näherrecht nicht verknüpft werden kann, und in den angegebenen Fällen eine Klage auf Abtretung des Gegenstandes für den Kaufpreis begründet werden könne.

Nach der richtigen Meinung kann aber die Klage in dem Sinne, wie das römische Recht die Eigenthums- oder Hypothekarklage als dinglich erklärt, nicht dinglich genannt werden, da die Klage nicht gegen jeden Besitzer überhaupt geht, und selbst das Eintreten in einen Vertrag zunächst bezweckt. In dem Sinne, wie auch bei Reallasten von Dinglichkeit gesprochen wird, kann man sie aber dinglich nennen, in so fern die Retractslast auf dem Grundstück so ruht, daß sie von jedem Erwerber desselben, (auch dem Singularsuccessor) anerkannt werden muß, und gegen jeden Dritten, der nicht selbst retractsberechtigt ist, angestellt werden kann. s. a. Zangen Rechtserörtr. B. 2. n. 6.

§. 236. (M. §. 197. n, 1.)

Nach gemeinem Recht hat der Retract nur bei Immobilien statt.

Wenn gleich das Verkaufsrecht auch bei beweglichen Sachen statt findet, (Hofacker, Princip. iur. civ. T. III. §. 1962.) so sind doch nach gemeinem Recht der Gegenstand des Retracts blos Immobilien. Ist ein Sammtkauf geschlossen und nicht blos unbewegliche, sondern auch bewegliche Sachen darunter begriffen, so kann der Retrahent blos auf erstere Ansprüche machen.

Hiermit stimmen überein: v. Kreitmayr, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4. C. 5. §. 8.) Berger, (Oec. iur. Lib. III. Tit. V. Th. 3. n. 5.) Walch, (S. 176.) Schorch, (Diss. de retract. rei singularis ex pluribus simul uno pretio venditis. Erf. 1783.) s. a. Codex Max. Th. 4. C. 5. §. 8.

Andere nehmen jedoch in Gemäßheit der Particulair-Gesetze das Gegentheil an: wegen Würtemb. Kapff, (D. de iure retrahendi res mobiles speciatim

Würtemb. Tub. 1771.) Griesinger; (a. a. O. S. 200. 755.) Wegen Bayreuth, (Corp. Const. brand. Culm. P. 2. tom. 1. C. 5.) Gmelin u. Elsässer, (gem. Beobachtungen B. 1. n. 23.)

§. 287.[a] (M. §. 197. n. 2.)

Bei einem wirklichen Tausch findet der Retract nicht statt.

Einige Rechtslehrer sind der Meinung, daß der Retract dennoch bei dem Tausch statt habe, wenn der Retrahent den, der auf diese Art die Sache an sich gebracht hat, schadlos halten könne, so nämlich, daß er, außer dem Verlust der ihm veräußerten Sache, sonst keinen positiven Nachtheil von der Losung habe. Wernher, (Select. observ. for. Tom. III. P. II. obs. 422.) Leyser, (med. Sp. 194. cor. 3.) Griesinger, (a. a. O. Th. 3. §. 189. §. 190.) v. Glück, (PComm. B. 16. S. 162.)

Andere nehmen an: daß wenn neben der zu vertauschenden Sache noch Geld gegeben, und letzteres den Werth des erstern übersteigt, der Retract statt finde. Overbek, (Medit. über versch. Rechtsmat. B. 6. n. 317.) Allein dann ist er ja als Kauf anzusehen. (arg. L. 79. D. de contrah. emt. et de pact. L. 6. §. 1. D. de act. emt. et vend.) v. Kreitmayr, (Annal. Th. 4. Cap. 5. §. 9.) — Walch, (a. a. O. S. 162.) Danz, (Handb. Th. 2. S. 199.) Mittermaier, (a. a. O.) nehmen dagegen an, daß er hier darum nicht statt habe, weil der Retrahent dem Käufer das, was er dafür gab, ganz ersetzen und in alle Kaufsbedingungen einzutreten im Stande seyn muß.

§. 287.[b] (M. 197.[a] 3.)

Bei dem Mengekauf ist der Retract nicht ausgeschlossen.

Bei einem Menge- oder Gesammtkauf kommt es darauf an: ob alle Stücke dem Retract unterworfen sind, oder blos einige. Im erstern Fall ist darauf zu sehen: ob alle Stücke zu einem Hauptgut gehören, oder mit demselben verbunden sind, oder besonders für sich bestehen. In dem erstern Falle ist der Retrahent nicht befugt, gegen den

Willen des Käufers an einem Theile des Guts den Retract auszuüben; in dem letzern Falle kommt es darauf an: ob der Käufer ohne diejenigen Stücke, die der Retrahent nur allein lösen will, den Kauf gar nicht geschlossen haben würde; so kann der Käufer, vorausgesetzt, daß er sich keines dolus schuldig gemacht, mit Recht verlangen, daß der Retrahent auch die übrigen Stücke übernehme, wenn sie nun für ihn keinen Werth und Interesse mehr haben. Hätte hingegen der Käufer diejenigen Stücke, die der Retrahent nicht verlangt, auch an und für sich gekauft, so daß ihm daraus, daß er sie behält, kein besonderer Nachtheil entsteht; so läßt sich nicht behaupten, daß der Retrahent verbunden sey, alle seinem Näherrecht unterworfenen Stücke zu retrahiren, weil Niemand zur Ausübung eines ihm zustehenden Rechts gezwungen werden kann, sofern keinem Andern durch den Nichtgebrauch desselben ein Nachtheil erwächst. In diesen Fällen, wo aus einem Gesammtkauf nur einzelne Stücke retrahirt werden, muß das zu retrahirende Grundstück durch vereidete Sachverständige nach seiner Größe und Güte geschätzt werden.

Dieser Meinung, welche schon Harmenopolus, (in Promptuario iuris Lib. III. tit. 3. n. 128.) vertheidigte, sind Berger, (oec. iur. Lib. III. tit. 5. §. 13. n. 5.) Griesinger, (a. a. O. S. 835—840.) v. Gmelin, (Comm. iur. civil. de singulari iure rerum plurium, quae non sine damno vel offensa pietate separantur, praecipue circa emtionem et venditionem. Tubing. 1814. §. 27.) v. Glück, (a. a. O. S. 184.)

Das Gegentheil, daß nämlich in diesem Falle der Retrahent alle in dem Sammtkauf befindlichen Stücke übernehmen, oder von dem Retract abstehen müsse, nehmen an: Tiraquell, (de retractu §. 23. glos. 1. n. 1. und glos. 2. n. 2 u. 3.) Frantzius, (de Laudemio cap. 16. n. 276.) Hoffmann, (Tr. de iure rerum individuarum Cap. IV. Sect. 3. n. 91.) Schorch, (Disq. de retractu rei singularis ex pluribus simul in pretio venditis. Erf. 1783. p. 4.)

Wenn aber der zweite Fall eintritt, daß nicht alle in dem Sammtkauf begriffene Güter dem Retract unterworfen sind, so fällt zwar der Retract nicht weg, allein der Retrahent ist entweder verbunden, in den ganzen Kauf einzutreten, oder von dem Retract abzustehen, wenn es nämlich bei dem geschlossenen Contract zur Bedingung gemacht war, daß alles bei einander bleiben müsse, so daß der Käufer den Kauf gar nicht geschlossen haben würde, wenn er das dem Retract unterworfene Grundstück nicht zugleich mit erhalten hätte. Ist aber das Gegentheil, so kann der Käufer, wenn der Retrahent das mit dem Näherrecht belastete Grundstück verlangt, nicht sagen, daß er einen Nachtheil habe.

Hiermit stimmen überein: Voet, (Comment. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 22.) Pufendorf, (Observ. iur. univ. Tom. III. Obs. 40. §. 4.) Curtius, (coniecturae iur. civil. Lib. II. c. 38. in Otto, Thesaur. iur. rom. Tom. V. p. 198.) Walch, (a. a. O. S. 207.) Danz, (a. a. O. S. 203.) Kind, (Quaest. for. T. 1. c. 52.)

Das Gegentheil nämlich, daß bei einem Sammtkauf jeder Retract wegfällt, nehmen an: Berlich, (Decis. 165. n. 5. Dec. 166. n. 1.) Wernher, (Select. observ. for. T. I. P. 5. ob. 222.) Hommel, (Rhaps. quaest. for. Vol. I. obs. 43. 206.) Lossius, (Prozeßgebrechen S. 165.)

§. 288. (M. §. 179 a. not. 3.)

Der Retract findet bei Subhastationen selbst nach der Adjudication statt.

Der Retract findet vorzüglich dann statt, wenn die zu retrahirende Sache durch Kauf auf einen Andern übertragen ist. Da nun die Subhastation eine Art des Kaufs ist, so muß auch alles dasjenige, was in Ansehung des Kaufs gilt, hier Anwendung finden; auch kommt es nicht darauf an: ob die Adjudication schon wirklich erfolgt ist, oder nicht, indem jede obrigkeitliche Bestätigung nur salvo iure tertii ertheilt zu achten ist.

Nur

Nur bei fiscalischen Subhastationen finden Ausnahmen statt, bei diesen kann nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze (L. 5. C. de fide et iure hastae fiscal. L. 2. u. 3. C. Si propter pub. pensit.) wenn die Adjudication schon erfolgte, das Näherrecht nicht mehr ausgeübt werden.

Hiermit stimmen überein: Griesinger, (a. a. O. S. 726.) Riedel, (Abh. Hat das Näherrecht bei Subhastationen vor oder nach der Adjudication statt? Ansp. 1781.) Ritter, (D. de retractu feudali et gentilitio, variisque circa eum controversiis. Bamb. 1787. §. 19 — 36.) Bülow u. Hagemann, (pract. Erörtr. B. 2. n. 56. Danz, (Handb. B. 2. S. 199.) v. Glück, (Pandecten Com. Th. 16. S. 199.) Wegen des Vorkaufsrechts s. Kind, (Quaest. for. B. 4. c. 63.)

Andere verwerfen den Retract bei Subhastationen überhaupt: Matthäi, (Lib. 1. auct. Cap. XVI. n. 41.) v. Grönewegen, (tract. de legibus abrogatis Lib. XLII. tit. V. p. 250.) Voet, (Com. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 3. §. 23.) Wissenbach, (Exercit. ad Pand. Vol. 1. Diss. 36. th. 12.) Consilia Tubing. (Vol. II. cons. XIX. not. 20.) Hommel, (Rhaps. quaest. for. Vol. IV. obs. 688.)

Noch Andere sind der Meinung, daß er zulässig sey; doch nehmen Einige an, nur bei freiwilligen Subhastationen, wenn nicht aus den Umständen hervorgeht, daß der Retrahent in die Subhastation gewilligt, derselben entsagt habe. Bynckershöck, (Quaest. iur. priv. 3. c. 14.) Scherer, (in annot. zu de Groot Inleiding p. 559.) Mittermaier, (a. a. O.) Noch Andere lassen ihn nach der Adjudication nicht zu. Gail, (de pign. c. XL. §. 3.) Reinkingk, (de retract. consang. quaest. 4. p. 129.) Carpzov, (Part. II. const. XXX. def. 18.) Wernher, (observ. T. III. part. II. obs. 24.) Berger, (Elect. discept. forens. p. 1176.) Leyser, (Medit. spec. 195. m. 7.) Struve, (Synt. iur. civil. Ex. XXIII. §. 61.) Walch, (Introduct. in controv. iur. civil. p. 624.) s. a. Overbek, (Meditationen über verschiedene Rechtsmate- B. 3. med. 112.)

§. 289. (M. §. 197. a.)

Bei einem Freundeskauf, wenn eine Schenkung zum Grunde liegt, findet der Retract nicht statt.

Wenn gleich nicht behauptet werden kann, daß blos bei einem wahren Kauf der Retract eintritt, so wird doch vorausgesetzt, daß die zu retrahirende Sache auf den Andern durch einen lästigen Titel gekommen ist; sonach ist, wenn bei dem Freundeskauf eine wahre Schenkung vorhanden, der Retract ausgeschlossen.

Hiermit stimmen überein: Oelze, (Diss. qua expend. quaestio: an in venditione gratiosa ius protimeseos locum habet? Jena 1767.) Harpprecht, (Diss. de vend. gratiosa §. 69 — 77.) Walch, (Näherrecht S. 179. §. 29.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere beantworten die Frage nach einigen Unterschieden: Wenn der Käufer die Absicht hatte, dem Verkäufer eine Wohlthat zu erzeigen, so daß er ihm mehr zahlt als die Sache werth ist, so lassen sie das Näherrecht statt finden, weil es dem Verkäufer gleichgültig seyn könne, ob ihm der Käufer oder ein Dritter diese Wohlthat erzeigt: nur dürfe der Käufer keinen Schaden leiden, und es sey daher nicht genug, daß der Retrahent blos den Werth ersetze. Griesinger, (a. a. O. §. 139.) und Harpprecht, (a. a. O. §. 76.) sind der Meinung, daß es hinlänglich sey, wenn er ihm den Werth ersetze, s. a. Oelze, (a. a. O. §. 18. 19.)

Wenn aber der Verkäufer diese Freigebigkeit ausübe, komme es darauf an: ob, wenn er einen Theil der Sache dem Käufer geschenkt habe, die Trennung möglich sey, oder nicht? In jenem Fall habe das Näherrecht statt in Rücksicht des gekauften Theils der Sache, im letztern Fall fände es aber nicht statt. Wenn endlich der Verkäufer aus besonderer Zuneigung dem Käufer einen Theil des Kaufgelds geschenkt habe, so fände zwar kein Vorkauf statt, der gesetzliche Retract werde aber nicht ausgeschlossen; jedoch müsse der Retrahent dem Käufer den ganzen Werth bezahlen, so wie er von beeidigten Sachverständigen geschätzt sey.

Dieser Meinung sind: Madihn, (de iure proti-

mes. §. 8. n. 4.) Pufendorf, (observat. iur. univ. T. 3. obs. 40. §. 6.) Hofacker, (Princip. iur. civ. T. 3. §. 1963.) vorzüglich v. Glück, (PComm. B. 16. S. 165.)

§. 290.

Bei Veräußerungen, welche mittelst eines Verpflegungsvertrages geschehn, findet das Näherrecht nicht statt.

Das Näherrecht fällt in allen Fällen weg, wo der Verkäufer auf irgend eine Art wesentlich dabei interessirt ist, daß nur der Käufer und kein Dritter die veräußerte Sache erhält, und wo also der Verkäufer persönliche Absichten auf den Käufer bei dem Verkauf gehabt hat. Dahin gehört insbesondere der Fall, wenn der Käufer verspricht, den Verkäufer zeitlebens zu ernähren, eine lebenslängliche Wohnung in dem Hause zu überlassen: denn in allen diesen Fällen kann es dem Verkäufer nicht gleichgültig seyn, von wem diese Bedingung erfüllt wird, indem sie ein besonderes Zutrauen voraussetzt. Anderes ist es, wenn der Verkäufer darein willigt, daß auch der Retrahent diese Bedingung erfüllt, oder wenn an die Stelle der ausbedungenen Prästation ein gewisses Geldquantum treten soll.

Hiermit stimmen überein: Reinkingk, (de retr. cons. qu. 4. n. 93.) Leyser, (medit. sp. 192. med. 2.) Schaumburg, (in annot. ad. Struv. jurispr. Lib. 3. tit. 2. §. 35.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. B. 126.) Schmidt, (öffentliche Rechtssprüche S. 399.) Overbeck, (Meditationen B. 8. med. 429.) Griesinger, (a. a. O. §. 192.) Danz, (Handbuch B. 2. S. 201.) Runde, (Rechtslehre von der Leibzucht oder Alttheil Th. 2. S. 68.) v. Glück, (PComm. 16. S. 164.)

Andere, als: Schöpf, (Diss. de retractu conventionali et testam. §. 10.) Walch, (a. a. O. S. 176.) nehmen das Gegentheil an.

In der Entscheidung der pr. Gesetzcommission vom 24sten Jan. 1789. (Klein Annalen B. 4. S. 163.) heißt es: daß an Orten, wo Retractus consanguinitatis überhaupt eingeführt ist, solcher auch in dem Falle ausge-

übt werden könne, wenn jemand ein unbewegliches Gut einem andern unter der Bedingung, daß dieser jenen dagegen lebenslänglich verpflegen solle, eigenthümlich überläßt, und der zu Verpflegende in die ihm vom Retrahenten zu leistende Verpflegung williget.

§. 291. (M. §. 197. n. 5.)

Der Retract kann cedirt werden.

Der Retract ist ein mit dem Immobile verbundenes Recht, und so wie dieß auf jeden Andern übertragen werden kann, wenn nicht gewisse persönliche Eigenschaften hindern, so kann es auch dieses. Eben so gut das Vorkaufsrecht Andern abgetreten werden kann, p) so ist auch der Retract cessibel. Bei der Erblosung und dem ehemaligen ritterschaftlichen Retract kommt die persönliche Qualität des Besitzers in Betracht, sonach könnte zwar dieses Recht cedirt werden, aber nur an den, welcher diese Eigenschaften hatte.

p) Mädihn a. a. O.

Einige Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß er überhaupt nicht abgetreten werden könne: als Groß, (de cessione iuris retractus) Hofacker, (Principia iuris civil. T. 3. §. 1974.) Andere nehmen einen Unterschied zwischen dem conventionellen und dinglichen Näherrecht, jenes halten sie für cessibel. Walch, (a. a. O. S. 120.) Weishaar, (würt. Privatrecht §. 1110.) Loisel, (Inst. 2. p. 53.) Zangen, (Beiträge 2. S. 29.) Dieses aber vorzüglich dann nicht, wenn der Grund des Retracts in einer persönlichen Qualität oder einem gewissen Verhältniß zur Sache liege. v. Glück, (PComm. B. 16. S. 195.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 292. a (M. §. 197. not. 6.)

Sobald der Kauf perfect geworden, kann er zum Nachtheil des Retrahenten nicht mehr aufgehoben werden.

Daß das Vorkaufsrecht durch die Willkühr der Contrahenten dem Berechtigten nicht entzogen werden kann, ist außer Zweifel; (Hommel, Rhaps. quaest. for. Vol. 1.

obs. 102. n. 1. Bülow und Hagemann, (pract. Erört. B. 4. Erört. 7.) ob nun bei dem Näherrecht das Nämliche eintrete, ist bestritten.

Einige sind der Meinung, daß die Contrahenten von dem Contract wieder abgehen können, wenn der Kauf durch die Uebergabe noch nicht vollzogen sey, Voet, (Commentar. ad Pand. Lib. 23. tit. 3. §. 24.) Struve, (Syntay iur. civil. Ex. 23. §. 66.) Berger, (oecon. iur. L. 3. Tit. 5. §. 13.) Leyser, (medit. ad Pand. Vol. 3. Sp. 195. med. 9.) Walch, (a. a. O. S. 281. und ius controvers. p. 629.) Müller, (observat. pract. ad Leys. T. 2. fasc. 2. obs. 412.) indem es überhaupt erlaubt sey, von einem geschlossenen Kauf zurückzugehen, wenn durch die Uebergabe die Sache noch nicht an den Käufer gebracht worden. (L. 3. 5. §. 1. D. de resc. vendit. L. 1. 2. c. Quando liceat ab emtore discedere) Ueberdieß erhalte ja der Retrahent erst alsdann ein Recht den Retract auszuüben, wenn durch die Uebergabe die Sache an den Käufer gebracht worden.

Andere dagegen als: Pufendorf, (observ. iur. Tom. 3 obs. 40. §. 5.) Hellfeld, (iurisp. for. §. 996.) Schmidt, (hinterlassene Abh. verschied. pract. Rechtsmaterien, herausgeb. v. Faselius B. 1. Lpzg. 1795. n. 21.) unterscheiden: ob sich Retrahent schon gemeldet habe, oder nicht; nur in dem ersteren Falle stünde es dem Contrahenten nicht mehr frei vom Kaufe zurück zu gehen, und zwar darum, weil, sobald die Erklärung erfolgt, der Retrahent in die Stelle des Käufers trete; deßhalb könne der Käufer den Verkäufer seiner Verbindlichkeit nicht mehr entlassen. Nemo mutare potest consilium suum in alterius iniuriam (L. 75. D. de reg. iur.) Allein richtiger ist die Meinung, welche Sande, (Decis. aurae Lib. 3. tit. 5. Def. 6.) Stryck, (de succ. ab intest. Diss. 6. c. 4. §. 39.) Griesinger, (Comment. B. 3. §. 197. S. 778.) Zangen, (pract. Bemerk n. 11. S. 40.) Bülow und Hagemann, (pract. Erört. B. 4. n. 7.) Gmelin, (über die Folgen der Wiederaufhebung des Kaufvertr. auf die Losung. Tüb. 1807.) und Glück, (a. a. O. S. 193.)

angenommen haben, daß die Contrahenten, nachdem der Kauf perfect sey, nicht mehr zurücktreten können, indem sich zwar der Retract von dem Vorkaufsrecht dadurch wesentlich unterscheidet, daß er noch nach der Uebergabe gegen den Käufer geltend gemacht wird, und die schon veräußerte Sache mittelst desselben abgefordert werden kann, daß aber daraus nicht zu folgern ist, daß er erst durch die Uebergabe begründet werde. Denn der Retract ist ein anerkannt stärkeres Recht als das Vorkaufsrecht; es würde aber ein schwächeres Recht seyn, wenn es erst durch die Consumtion und nicht schon durch die Perfection des Kaufes begründet würde. (§. 284.)

§. 292. b. (M. §. 197. a.)

Die Erblosung hat nur bei Erbgütern, nicht bei neuerworbenen statt.

1) Schon die mittlern deutschen Gesetze, der Sachsen- und Schwabenspiegel bestimmen, daß nur in Erbgütern die Erblosung statt finde, denn unter dem eigen können nur solche verstanden werden.

2) Sieht man auf den Ursprung dieser Retractsart, so ist es unbedenklich, nur dasjenige, was in Erbgang gekommen, war verfangen, und konnte blos mit Laub der Verwandten veräußert werden.

3) Auch die meisten neueren Gesetze stimmen hiermit überein.

Dieser Meinung sind: von Kreitmayr, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 4. c. 5. §. 8.) Walch, (a. a. O. S. 352.) Runde, (Gr. d. deutsch. Privatr. §. 196.) Danz, (Handbuch Th. 2. S. 213.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere nehmen das Gegentheil an, und dehnen den Retract auch auf die neuerworbenen Güter aus: Schilter, (Exercitationes. exerc. 30. §. 138.) Stryck, (Tr. de successione ab intest. Diss. 6. c. §. 23.) Pistorius, (Quaestiones iur. Lib. 2. Q. 12. n. 65.) Eichhorn, (Einleitung §. 105.) s. a. C. Max. bav. Th. 4. c. 5. §. 8.

§. 293. (M. §. 197. a.)

Der nächste Erbe hat den Vorzug und kann auch alsdann, wenn dieß Gut an einen Entfernten veräußert worden, retrahiren.

1) Ergiebt sich dieses aus II F. 26. §. 13. Titius, heißt es: filios masculos non habens, partem suam feudi Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius proximior agnatus mortuo demum Titio partem illius feudi nullo dato pretio recuperare potest. Quodsi Titius filios proprios haberet, pretio reddito etiam vivo Titio: quodsi consensit alienationi vel per annum ex quo scivit tacuit: omnia removebitur.

2) Hat der Nähere bei der Erbfolge den Vorzug.

3) Kann der Verpflichtete durch eine ganz willkührliche Handlung das wohlerworbene Recht seiner Anverwandten nicht kränken: und es ist daher der von dem Gegner angenommene Grundsatz: daß wenn der Verkauf nicht an einen Fremden geschieht, der Retract nicht statt habe, weil alsdann der wahre Grund cessire; dann, wenn die Veräußerung an einen entfernten Verwandten erfolge, keine Veräußerung an einen Fremden sey, ganz hinfällig.

Hiermit stimmen überein: Pistorius, (quaest. iur. Lib. 2. p. 1. quaest. 2. p. 459.) Tiraquell, (de retractu consang. quaest. XI. n. 25. p. 17.) Struve, (iurisprud. rom. for. Lib. 3. tit. 11. §. 33.) Leyser, (Sp. 193. cor. 2.) Müller, (observ. pract. ad Leys. Vol. 2. fasc. 2. p. 62.) Eichhorn, (a. a. O. §. 105. S. 301.)

Andere nehmen das Gegentheil an: als Stryck, (de success. ab intest. Diss. 6. cap. 3. §. 23.) Wernher, (Part. 5. obs. 153.) Engau, (Elem. iur. germ. Lib. 3. tit. 8. p. 564.) Walch, (Näherrecht S. 359. u. ius controv. p. 628.) s. a. Solmische Landesord. Th. 2. tit. 12. §. 19.

§. 294. (M. §. 197. a.)

Gegen die Kinder des Verkäufers, welche den Retract ausüben, kann die exceptio rei venditae nicht gebraucht werden.

Wenn gleich die Kinder verbunden sind, die Handlungen ihrer Eltern zu vertreten, wenn sie Erben geworden,

so treten sie als Retrahenten nicht in der Eigenschaft als Erben, sondern als Berechtigte auf; auch ist wohl anzunehmen, daß der Vater die Veräußerung salvo liberorum suorum vornahm.

Hiermit stimmen überein: Struve, (Exercit. 23. thes. 53. tom. 1. p. 1565.) Stryck, (de success. ab intest. Diss. 6. c. 21. §. 26.) Pufendorf, (obs. iur. univ. T. 2. ob. 4. p. 29.) Zangen, (Beitr. 1. S. 49.) Danz, (Handbuch Th. 2. S. 214.) Mittermaier, (a. a. O.)

Gestützt auf den Grundsatz, daß der Erbe die Handlungen seines Erblassers vertreten müsse: (L. 7. c. de liber. causa) nehmen Andere das Gegentheil an: als Reinkingk, (de retract. consang. q. 11. n. 368.) Fachinäus, (Lib. 8. controv. c. 18.) Huber, (Praelect. ad dig. Lib. 18. tit. 5. §. 16.) v. Eck, (controv. iur. th. 337.) Böckelmann, (ad tit. Dig. de rescind. vend. n. 1.)

§. 295. (M. §. 197. a.)

Die Descendenten des ersten Erwerbers werden ohne Beschränkung des Grades (in infinitum) zugelassen.

Wo nicht Particulair-Gesetze eine Beschränkung des Grades der Verwandtschaft enthalten, (wie der Codex Max. bav. Th. 4. K. 5. §. 3.) welche blos darum gemacht ist, um dieses höchst nachtheilige b) Recht nicht zu weit auszudehnen, so kann solche nach gemeinem Recht nicht angenommen werden, indem sie auch bei der Erbfolge nicht mehr statt findet. Es ist daher unrichtig, wenn Einige solche bald auf den 4ten oder 10ten Grad beschränken.

b) Runde in der oldenburgischen Zeitschrift 1804. B. 1. Heft 1. n. 3.

Hiermit stimmen überein: Stryck, (de success. ab intestato Diss 3. c. 3. §. 10.) Müller, (ad Struv. Ex. 38. th. 36.) Walch, (Introd. in controv. iur. civ. p. 647.) Zangen, (Beitr. 1. S. 42.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere als: Richter, (Decis. 76. n. 12.) Tiraquell, (de retract. convent. et municipal. §. 1. gl. 9.) Pegius, (vom Vorkauf Lib. 1. c. 9.) Reinkingk,

(de retr. consang. quaest. 2, n. 53. p. 51.) v. Kreitmayr, (Anmerk. zum C. M. Th. 4. c. 5. §. 3.) nehmen das Gegentheil an.

§. 296. (M. §. 197. b.)

Der Retrahent muß auch dann den Kaufpreis bezahlen, wenn er den wahren Werth übersteigt, oder der Werth in der Zwischenzeit gefallen seyn sollte.

Das Vorkaufsrecht unterscheidet sich dadurch vorzüglich vom Näherrecht, weil bei jenem die Erfüllung aller Kaufbedingungen, die ein Anderer übernehmen will, eben so wenig wesentlich erforderlich ist, als die Erlegung desselben Kaufpreises, wie bei dem letzteren. (Geiger und Glück, Rechtsfälle B. 11. n. 21.) Es kommt also auch nicht bei dem letzteren darauf an: ob der Kaufpreis mit dem Werth der Sache in Einklang steht; die L. 2. C. de resc. vend. findet keine Anwendung bei dem Näherrecht, worauf sich vorzüglich die entgegengesetzte Meinung stützt, vertheidigt von Wensenbeck, (Part. 2. cons. 66.) Richter, (Decis. 76. n. 46.) Wernher, (Obs. Part. 9. dec. 165.) s. a. Reinhard, (Comm. zum würt. Landrecht Th. 1. S. 290.)

Die richtige Meinung vertheidigen: Leyser, (Med. ad. Pand. Sp. 193. m. 9.) Walch, (Näherrecht S. 193. u. Controv. iur. civil. p. 626.) Böhmer, (auserles. Rechtsfälle B. 1. resp. 68. n. 15.) Glück, (a. a. O. S. 186.)

§. 297. (M. §. 197 b. not. 2.)

Dem Käufer steht ein Retentionsrecht an der zu retrahirenden Sache wegen Kosten und Meliorationen nur dann zu, wenn die Forderungen liquid sind.

Wenn die Forderung wegen Kosten und Meliorationen mit der Sache selbst connex und liquid sind, so ist es wohl unbedenklich, daß dem Käufer, so lange solche nicht vom Retrahenten bezahlt sind, ein Retentionsrecht zusteht, indem es alsdann an den nöthigen Erfordernissen nicht ermangelt. Sind aber die Forderungen illiquid, so kann der Käufer

zur Herausgabe der Sache nur dann angehalten werden, wenn der Retrahent wegen des liquidums hinreichende Sicherheit stellt; will er dieses nicht, so ist der Käufer zur Ablieferung der Sache nicht verbunden.

Hiermit stimmen überein: Mevius, (P. 2. Decis. 15.) Schlockwerder, (Pr. an et quatenus ius retentionis in retractu ob meliorationes fundi locum sibi vindicet? Wittenb. 1790.) Klüber, (Bibliothek kleiner jurist. Schriften B. 5. St. 20. n. 104.) Danz, (a. a. O. S. 205.)

Andere behaupten, daß auch wegen der illiquiden Kosten und Meliorationen die Retention statt finde, und zwar darum, weil in L. 33. D. de. cond. ind. kein Unterschied zwischen liquiden und illiquiden Kosten gemacht werde. Stryck, (de possessione per cautionem non auferenda. Cap. 2.) Hahn ad Wesenbeck, (Lib. 16. tit. 2. n. 8. 9.) Wernher, (P. 1. obs. 287.)

Noch Andere unterscheiden zwischen demjenigen Zurückbehaltungsrecht, welches ipso iure, und dem, das ope exceptionis eintritt. Ersteres betrachten sie als eine Art von Compensation, wobei das Illiquidum nicht in Betracht komme, wohl aber bei dem letzteren. Lauterbach, (Diss. de retentione §. 6.) Esbach ad Carpzov, (const. 25. P. 2. Def. 17.)

Einige noch lassen das Retentionsrecht alsdann eintreten, wenn die Existenz und Wahrheit der Forderung außer Zweifel und nur noch die Summe zu berichtigen ist. Hommel, (Rhaps. obs. 200.)

§. 298.

Zur Gewährleistung ist der Verkäufer dem Käufer, welchem wegen der Losung die Sache entrissen wird, nur in gewissen Fällen verbunden.

Wenn gleich mehrere die Frage: ob der Verkäufer zur Gewährleistung verbunden sey, verneinen: als Mevius, (P. V. Dec. 312.) Lynker, (Resp. 107.) Leyser, (Sp. 193. m. 2.) Walch, (a. a. O. S. 204.) so

ist doch dieß im Allgemeinen nicht anzunehmen. Vielmehr ist zu unterscheiden: ob der Retract in den öffentlichen Verkaufs- oder Hypothekenbüchern, auf dem Grundstück haftend, angezeigt ist. In diesem Falle ist der Verkäufer zur Gewährleistung darum nicht verpflichtet, weil es die Pflicht des Käufers wär, bei Abschließung des Kaufes sich um die auf dem Grundstück haftenden Lasten zu erkundigen, und er hierüber durch Einsicht in das Hypothekenbuch Gewißheit erhalten konnte. Ist aber diese Bemerkung nicht geschehn, so kommt es darauf an: welche Art von Retract es ist. Ist es ein gesetzlicher, so fällt die Gewährleistung darum weg, weil der Käufer mit den Gesetzen des Orts bekannt seyn muß, wo er den Vertrag eingeht; ist es aber ein vertragsmäßiger oder testamentarischer Retract, so ist der Verkäufer zur Gewährleistung verpflichtet, weil der Käufer hiervon keine Wissenschaft gehabt hat.

Hiermit stimmen überein: Griesinger, (a. a. O. S. 951.) Danz, (Handbuch Th. 2. S. 209.)

§. 299. (M. 197. c)

Der Anfang der Verjährung des Retractsrechts ist von der Zeit an zu rechnen, wo der Retrahent die Klage ausüben konnte.

Wenn gleich einige Rechtsgelehrte der Meinung sind, daß der Anfang der Verjährung von der Zeit anfange, wo der Kauf zu Stande gekommen, so stößt doch solche

1) gegen die Bestimmung der Gesetze an, indem es in II. f. 28. §. 13. heißt: quod si consensit alienationi, vel per annum, ex quo scivit, tacuit.

2) Erst nach der Uebergabe und nachdem solche der Retrahent erfuhr, tritt das Moment ein, wo er sein Recht klagend zu verfolgen im Stande ist.

Hiermit stimmen überein: Walch, (a. a. O. S. 271. 275.) Griesinger, (a. a. O. §. 219.) Danz, (a. a. O. S. 211.) Glück, (a. a. O. S. 190.) Mittermaier, (a. a. O.) Unterholzner, (Verjährungslehre 2. S. 292.)

§. 300. (M. §. 197. c)

Der Retract aus doppelten Gründen geht dem einfachen nur in einem besondern Falle vor.

Daß das stärkere Recht dem schwächern vorgehe, ist wohl unbedenklich; allein daraus, daß jemand zwei Retractsarten in seiner Person vereinigt, läßt sich noch nicht ein stärkeres Recht schließen: der Retrahent, der aus doppeltem Grunde retrahiren kann, hat daher vor dem, welcher aus einem einfachen Grunde den Retract ausübt, nur dann den Vorzug, wenn eine von den concurrirenden Retractsarten von der Art ist, von welcher das einfache Recht des Concurrenten ist; z. B. wenn einer die Erblosung und das Nachbarrecht besitzt, der Concurrent aber blos das Nachbarrecht.

Hiermit stimmt überein: Mittermaier, (a. a. O.) Andere gestatten überhaupt dem den Vorzug, der ein doppeltes Retractsrecht ausübt: als Walch, (S. 543.) Danz, (a. a. O. S. 219.) Eichhorn, (Einl. §. 106.) verwirft solches überhaupt.

§. 301. (M. §. 198.)

Der Gutsübergabevertrag hat auch dann noch die Natur des Kaufvertrags, wenn der usus fructus und habitatio vorbehalten ist.

Schon nach dem römischen Recht wird die Natur des Kaufcontracts dadurch nicht geändert, wenn der Nießbrauch, Wohnung oder gewisse Prästationen vorbehalten sind, (L. 21. §. 6. L. 53. §. 2. D. de emt. vend.) nur wird vorausgesetzt, daß die stipulirte Kaufsumme dem Werthe des Guts nicht ganz unangemessen ist.

Hiermit stimmen überein: Klinger, (Samml. zum Dorf- und Bauernrecht Th. 1. Beil. n. 216 — 220.) Runde, (die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altantheil. Oldenburg 1805. S. 308.) Mittermaier, (a. a. O.) Auch bestimmen dieß die sächsischen, preußischen, fuldaischen und schlesischen Landesordnungen.

Ohne zureichende Gründe wird von Fr. Beckmannorum, (Consil. T. II. dec. 69.) das Gegentheil ange-

nommen. Auch die Salzburgerverordn. von 1762 (Th. 1. p. 258) läßt den Gesichtspunct eines Kaufes bei dem Uebertragungsgeschäfte zwischen dem Colonus und seinem Intestaterben in keinem Falle zu, wo die Uebergabesumme geringer als ein etwaiger Verkaufspreis bestimmt ist, und dem annehmenden Theil ein sogenannter Besitzvortheil überlassen, auch dem Uebergeber auf einige Zeit die Regierung oder ein lebenslänglicher Austrag vorbehalten worden ist.

§. 302. (M. §. 198.)

Bei der Gutsübertragung streitet die Vermuthung für die Uebertragung des Eigenthums und nicht nutznießliche Ueberlassung.

Die Worte Uebertragung, Uebergabe, Abtretung scheinen freilich, wenn man ihnen die strengen römischen Begriffe unterlegt, an sich nichts für die Uebertragung des Eigenthums zu entscheiden: denn in L. 31. D. de adq. dom. heißt es: nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Allein nach älterm deutschen Recht und Gewohnheiten ist nicht nothwendig, daß ein bestimmter titulus dominium translativus angegeben wird, es ist vielmehr anzunehmen, daß durch die Worte übergeben, überlassen, die Contrahenten ihre Absicht der eigenthümlichen Uebertragung haben ausdrücken wollen; auch selbst aus dem Zusatz: Uebertragung der Wirthschaft, kann nicht nur blos administrative oder nießbräuchliche Uebertragung vermuthet werden.

Ist mit dem Gutsübertragevertrag zugleich ein Leibzuchtsvertrag verbunden, so unterliegt es keinem Zweifel, daß das Eigenthum übertragen ist; denn es würde ja widersprechend seyn, wenn Jemand von ein und demselben Bauerngute zugleich völliger Eigenthümer seyn und bleiben, und doch zugleich eine Leibzucht an demselben haben wollte. Deßhalb ist die Ueberlassung des Guts mit Vorbehalt der Leibzucht für nichts anders, als eine stillschweigende und ipso pacto verfolgte Resignation des Eigenthums anzusehn,

die die nämliche Wirkung hat, als wenn mit ausdrücklichen Worten oder schriftlich das Eigenthum übertragen wurde. Die Ueberlassung des Guts an eines der Kinder, kann nicht, wie von Einigen angenommen wird, als eine widerrufliche väterliche Theilung betrachtet werden.

Hiermit stimmen überein: Hofmann, (Eherecht S. 59.) Hombergk zu Vach, (de qualitate reali, quae pactis successoriis inest. §. 5. 9.) Runde, (über Leibzucht S. 319.) Pütter, (Rechtsfälle B. 1. Th. 4. dec. 124. S. 952.) die Entscheidung der gött. Juristen-Facultät v. 10ten Aug. 1790 (s. bei Runde a. a. O. S. 323.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Harppecht, (de divisione bonorum inter liberos §. 27 — 37.) Möller, (de assignatione bonor. parentali C. II. §. 10. C. IV, §. 45.) s. Badisches Landrecht §. 1100 b. d.

§. 303. (M. §. 199.)

Dem Leibzuchtsvertrage liegt keine Schenkung sondern eine anticipirte Erbfolge zu Grunde.

Der Leibzuchtsvertrag hat seine eigenthümliche Natur, und kann nicht als eine Schenkung sub modo angesehen werden. Eine Schenkung eines Grundstückes oder des ganzen Vermögens, der der Vorbehalt beigefügt worden, ist dem römischen Recht nicht zuwider, und kann auch nach demselben beurtheilt werden.

Unrichtig aber ist es, wenn man diese Grundsätze bei der Leibzucht in Anwendung bringen, und unter andern bei der Aufhebung derselben die Grundsätze vom Widerruf der Schenkung gebrauchen wollte.

Es liegt demselben vielmehr eine anticipirte Erbfolge zu Grunde, wie sich aus der Entstehung des Instituts und aus Vergleichung der Particulair-Gesetze ergiebt.

Die alte Art der Erbverlassung überhaupt und die Erbfolge im Grundeigenthum insbesondere führte auf dieses Institut. Die Erbfolge beruhte nicht auf Testamenten, sondern auf Gesetz oder Vertrag. Die ältern Erbverträge hatten aber nicht erst die Nachfolge nach dem Tode des Eigenthümers, sondern eine wahre Uebertragung unter Lebenden

zur Folge. Eine sehr natürliche Folge der anticipirten Erbüberlassung war, daß der Erblasser, um die Gefahr des Hungertodes abzuwenden, für den Rest seines Lebens sich einen Vorbehalt ausbedung. Besonders in dem Falle, wo Altersschwäche ihn hinderte, die Verwaltung seiner Güter fortzusetzen, und mit dem Waffen in der Hand solche zu vertheidigen, bedung er sich gewisse Alimente von seinen Erben aus.

Auch in dem Falle, wenn Jemand eine erlaubte Aenderung in der gesetzlichen Erbfolge beabsichtigte, konnte diese Absicht nicht anders oder doch nicht mit Sicherheit erreicht werden, als durch Anticipirung des Erbfalles, durch Uebertragung der Güter an den Nachfolger bei lebendigem Leibe.

Vergleicht man die verschiedenen Verordnungen über die Leibzucht, mit besonderer Rücksicht auf die sehr ausführliche Fuldaische Verordn. v. 16. Febr. 1773. so findet sich nirgend die Ansicht von der Schenkung sub modo, im Gegentheil scheint überall die Unterlegung jener Natur im Allgemeinen wohl für unzweckmäßig gehalten zu seyn.

Hiermit stimmt überein: Runde, (a. a. O. S. 311.) Das Gegentheil nehmen an: Lennep, (Abh. von der Leihe zu Landsiedelrecht.) Koch, (hist. jurist. Abhandl. von der Erblehen und Erbpachten im Stift Mainz §. 34. p. 65. not. 6.) Kraus, (Diss. circa iur. et mores reserv. rustic. Vit. 1729. C. III. §. 6.) Sturm, (D. de emtionibus, venditionibus et donationibus sub modo vom Auszuge. Viteb. 1739.) s. a. v. Hohnhorst, (Jahrbücher des bad. Oberhofgerichts 1. S. 37.)

§. 304. (M. §. 199. n. 1.)

Der Leibzüchter ist nicht verbunden, dem Gutsübernehmer Dienste zu leisten.

Der Leibzüchter ist blos verbunden, die Dienste zu leisten, welche mit dem Gegenstande seines alleinigen Nutzungsrechts verbunden sind; so liegt ihm die Bestellung der Leib-

zuchtsländereien ob, auch das Auszugsvieh muß der Leibzüchter auf seine Kosten hüten lassen; dagegen kann der Gutsübernehmer aus dem Grunde keinen Beitrag zu den Futterkosten seines Mutterviehs von ihm verlangen, weil er dem Leibzüchter jährlich ein Junges davon liefern muß, denn hiermit sind keine dinglichen, sondern nur persönliche Gerechtsame ertheilt. Unterhaltungs- und Erndtekosten fallen dem Leibzüchter nicht zur Last; doch kann er, wenn er durch Alter oder Schwäche nicht verhindert wird, verpflichtet werden, sich in Nothfällen der Wirthschaft anzunehmen, z. B. zur Erndtezeit.

Hiermit stimmen überein: Kraus, (a. a. O. C. IV. §. 3. Wernher, (de reserv. C. 2. §. 4.) Hagemann, (pract Erörtr. B. 7. S. 171.) Overbeck, (Med. B. 7. n. 383.) Runde, (Leibzucht S. 439.)

§. 305. (M. §. 199. n. 2.)

Der Leibzüchter ist nur verbunden die Reallasten zu übernehmen, welche auf den ihm zum leibzüchterischen Gebrauch angewiesenen Stücken besonders haften.

Einige sind der Meinung, daß der Leibzüchter von allen bäuerischen und herrschaftlichen Lasten befreit sey: als Estor, (Rechtsgelahrth. d. Deutsch. Th. 5. Hauptst. 55. §. 4190. S. 550. Menken, (Syst. iur. civil. L. 50. tit. 1. §. 7. S. 903.) Göbel, (de iure et iudicio rustic. C. IV. §. 12. p. 225.) s. d. Hildesheimsche Verordn. v. Leibzucht §. 7. S. 121.) Danz, (Handb. des deutsch. PR. B. 5. S. 522. Krüll, (Prüfung einzelner Theile d. bürgerl. Rechts. B. 4. n. 2.) stellt die Freiheit des Leibzüchters als Regal auf, weil die Leibzucht kein Nießbrauch sey, sondern die Natur der Alimente habe; allein daß nießbräuchliche Gerechtsame zu jener Bestimmung am besten sind, ist wohl nicht zu bezweifeln.

Die richtige Meinung vertheidigen Runde, (deutsch. PR. §. 522. [a]) Overbeck, (Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien B. 8. n. 401.) womit denn auch sehr viele Landesgesetze übereinstimmen.

§. 306. a. (M. §. 199.)

Von der Personalfrohnpflicht ist der Leibzüchter der Regel nach nicht befreit.

Daß der Diensther von dem Leibzüchter wegen der auf dem Colonate haftenden Dienstpflicht keine Frohnen zu verlangen berechtigt ist, versteht sich von selbst; selbst in dem Falle, wenn der Frohnherr durch Verjährung eine solche Pflicht in einem besondern Falle erworben hat, so folgt noch nichts gegen die übrigen Leibzüchter des Dorfes, da diese keine persona moralis oder Gemeinde ausmachen und es also darauf ankommt, wohin jeder sich besonders verbindlich gemacht hat. (Stengels Beitr. B. 4. S. 121.)

Ist aber die Dienstpflicht personal, und liegt allen an das Gut gebundenen Personen ob, so bleibt ihr der Leibzüchtiger, so weit er dazu im Stande ist, fortdauernd unterworfen.

Hiermit stimmen überein: Schott, (Inst. iur. Sax. Lib. 1. sect. 3. c. 3. memb. 3. §. 16.) Kraus, (de reservat. rustic. Cap. 4. §. 6.) Runde, (über Leibzucht S. 480.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Mencken, (Syst. iur. civil. L. 50. tit. 1. §. 7.) Wernher, (sel. obs. T. 3. P. 1. obs. 192.) Hommel, (Rhaps. quaest. ob. 356. §. 6.)

§. 306. b. (M. §. 199. n. 3.)

Der Leibzüchter kann sein Recht gegen jeden Besitzer verfolgen.

1) Das Leibzuchtsrecht ist in Rücksicht des verpflichteten Theiles als ein dingliches Recht anzusehn, als eine Reallast; in Rücksicht des berechtigten Subjects als ein persönliches, es erlöscht mit dem Tode desselben.

2) Den Gegenständen nach kann das Leibzuchtsrecht in Nutzungen bestimmter beweglicher oder unbeweglicher Sachen bestehen, Leibzuchtsländereien, Leibzuchtswohnung, Quote, oder in Leistungen aller Art, wenn sie nur zum Lebensunterhalt dienen können; sonach können sie objectiv dinglicher, oder objectiv persönlicher Natur seyn.

3) In Hinsicht der Leibzuchtsrechte, welche objectiv=dinglicher Natur sind, bedarf es keines Beweises, daß sie gegen jeden Besitzer, er mag successor universalis oder singularis seyn, verfolgt werden können. Was dagegen die objectiv=persönlichen Auszugsrechte betrifft, so können solche zwar gegen den successor universalis geltend gemacht werden, ob aber auch gegen den successor singularis, ist eine bestrittene Frage. Mittermaier, (a. a. O.) nimmt an, daß die Geltendmachung gegen diesen geschehen kann, wenn:

a) eine Hypothek bestellt sey;

b) wenn die Eintragung in das Grundbuch nachzuweisen,

c) wenn die Last vermöge des Colonatsvertrags oder der Hofgewohnheit auf dem Gute ruht.

Was die erste Ausnahme betrifft, so kann man sich durch die Hypothek als accessorium der Forderung keine Klage auf fortdaurende Leistungen verschaffen, sondern nur den Inhaber für das Interesse verhaftet machen: auch steht der Klage die exceptio excussionis entgegen, die aber bei wahren Reallasten wegfällt. (Westphal, Pfandrecht §. 101. Runde, Leibzucht S. 405.) Die Hypothek für das Forderungsrecht und Realqualität des Rechts sind nicht zu verwechseln.

Die zweite Ausnahme ist gegründet, indem ein jeder Besitzer die in dem Grundbuch verzeichneten und auf das Grundstück gelegten Lasten anzuerkennen verbunden ist.

Die dritte Ausnahme zerfällt in zwei:

1) wenn die Last vermöge des Colonatsvertrags auf dem Gute ruht,

2) wenn dieß nach der Hofgewohnheit geschieht.

Was das letztere betrifft, so ist es unbedenklich, daß, wenn entweder die Landesgesetze (wovon mehrere Runde a. a. O. S. 409. anführt) oder rechtsgegründete Gewohnheiten die Realqualität bestimmt haben, dieses Recht auch gegen den successor singularis verfolgt werden kann; ob aber die Realqualität durch Vertrag begründet werden kann, ist

zweifelhaft. Eichhorn, (Einl. §. 163.) ist der Meinung, daß durch Vertrag eine solche Gerechtsame erworben werden kann, wenn gemeine deutsche Gewohnheit oder Particulair-Rechte die besondere Art der Leistung als Reallast anerkennen: daß erstere sey vermöge der Natur der deutschen Erbverträge bei den Arten der Leibzucht angenommen, die als eine Gutsabtretung an den Erben zu betrachten sind. Nach dieser Meinung hat also der Alttheil die Realqualität durch Vertrag nur dann erlangt, wenn der, welcher seine Güter einem Andern überträgt, sich die Leibzucht ausbedungen hat. Runde, (in der Rechtslehre von der Leibzucht S. 411. §. 36.) nimmt dagegen an, daß durch einen Vertrag überhaupt die Realqualität begründet werden kann, indem, wenn gleich nach dem römischen Recht dergleichen Verträge für den successor singularis ungültig sind, (Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts Th. 1. n. 2.) doch nach unsern herkömmlichen Ideen von der Verbindlichkeit aller Verträge, diese Bestimmung längst für unanwendbar erklärt sey; denn derjenige, der eine Verpflichtung auf sein Grundstück in der Masse übernimmt, daß sie als eine Reallast darauf haften soll, veräußere einen intellectuellen Theil desselben, er nehme den Berechtigten in so fern zum Miteigenthümer auf, und könne dem Dritten nicht mehr Rechte übertragen, als er selbst behalten hat. Es ließe sich daher die rechtliche Möglichkeit, jährliche Renten auf ein Gut als Reallast zu constituiren, nicht bezweifeln.

Nach der richtigen Meinung ist daher wohl anzunehmen, daß dieß Recht des Leibzüchters ein dingliches Recht in Rücksicht des Verpflichteten ist, und gegen jeden Besitzer des Grundstückes verfolgt werden kann, er mag ein successor universalis oder singularis, der Gegenstand des Leibzuchtsrechts objectiv-dinglicher oder objectiv-persönlicher Natur seyn.

Dieser Meinung sind: Mevius, (Dec. P. 4. dec. 403.) Müller, (ad Struv. Exerc. 23. th. 26. not. 5.) Kraus, (de reservat. C. 2. §. 2.) Berger, (oecon.

iur. Lib. 3. tit. 5. §. 27. not.) Wernher: (de reservat. C. 2. §. 1.) sagt s. v. Auszug: vix aliam obligationem quam realem vi derivationis admittit, et hoc vult, ex re vendita aliquid eximi, reservari quod obligationem in rem conceptam sapere, sua sponte patet. Hofacker, (Principia iur. civil. T. 2. §. 1153.) Kind, (Quaest. for. T. 3. c. 41. n. 4.) u. dann Runde, (a. a. O.) Haubold, (sächs. Privatrecht §. 468.)

Hiermit stimmen auch die meisten Landesgesetze überein, doch wird zur Sicherheit gewöhnlich die gerichtliche Abschließung des Vertrags erfordert (s. Pr. LR. Th. 2. tit. 17. §. 56. Pr. GO. Th. 2.) und die Eintragung in das Hypothekenbuch, (s. bai. Hypoth. Gesetz §. 12.)

Der entgegengesetzten Meinung sind alle Rechtsgelehrte, welche sich zu sehr an das römische Recht binden: als Stryck, (usus mod. Lib. 6. tit. 3. §. 7.) Thibaut, (a. a. O.) Andere nehmen die Realqualität unter einer besondern Beschränkung an, als Eichhorn, (in dem §. 163. not. i. bemerkt er gegen die Ansicht von Runde: da die Regel aus dem Princip, daß in Deutschland jeder Vertrag eine Reallast auf eine Sache legen könne, nicht hergeleitet werden kann, so läßt sie sich wohl nur auf die besondere Natur der Erbverträge, sonst aber, auch im Fall eines Vorbehalts bei Gutsübertragung durch Verkauf, bei welcher dieser Auszug eigentlich unter die §. 164. zu beschreibenden Arten der Reallasten zu stellen wäre, (nämlich wie im §. bemerkt ist, Reallasten, welche mit Proprietätsrechten verbunden sind) nur auf Particulair-Rechte stützen.) Noch Andere wollen solche gegen den successor singularis nicht gelten lassen, lassen jedoch Ausnahmen zu, als Mittermaier [r]).

r) Die beiden erstern Allegate in not. 10. Struben, rechtl. Bedenken 5. n. 34. und Runde a. a. O. S. 554. passen darum nicht auf den Satz, weil sie die Frage berühren: ob das Leibzuchtsrecht auf die Erben desselben übergeht.

§. 307. (M. §. 199. n. 12.)

Wenn Concurs über das Vermögen des Besitzers des leibzüchtigen Guts ausbricht, so hält sich der Leibzüchter wegen der Rückstände an das Colonat.

Wenn Concurs über das Vermögen des Verpflichteten ausbricht, so behaupten Einige: daß sich der Leibzüchter gar nicht in Concurs einzulassen brauche, weil die Beschwerde mit dem Grundstück auf den Käufer übergehe. Lauterbach, (Cons. Vol. 1. cons 26. n. 8.) Gmelin, (Ordnung der Gläubiger C. 1. §. 4. p. 16.) Runde, (a. a. O. S. 449.) Andere legen ihm ein Seperationsrecht bei: Harprecht, (D. ius contractus vitalitii in concur. credit. §. 20.) Noch Andere als: Kreß, (obs. de differentiis iur. com. et brunsvicensis c. 5. ob. 7. §. 79.) glauben, daß nach der Analogie von Erbgeldern die Leibzucht in die erste Klasse des Concurses gehöre. Allein diese Meinung ist darum nicht anzunehmen, weil ein solches Privilegium den Erbgeldern nicht zusteht. (Dabelow, Concurs d. Gl. S. 613.)

Die erste Meinung ist wohl die gegründete.

Was nun aber die Rückstände betrifft, so steht dem Leibzüchter gegen den vorigen Besitzer eine zwar persönliche Klage zu, aber kein gesetzliches Vorzugsrecht an seinem Vermögen, wie Thibaut, (Pandectenrecht Th. 1. §. 727. n. 12.) richtig annimmt. Bricht Concurs aus, so nehmen Einige an, daß er, der Leibzüchter, sich in Concurs einlassen müsse, als Berger, (suppl. ad elect. discept. for. P. 2. tit. 39. ob. 24.) Hommel, (Rhaps. T. 2. ob. 339.) Wernher, (de reserv. C. 4. §. 4.) Schott, (Inst. iur. Sax. L. 1. sect. 2. c. 3. membr. 3. §. 27.) und hier in die Klasse der onerum zu lociren sey. Andere gestatten ihm das Vorrecht der ersten Klasse: Dabelow, (Concurs der Gl. S. 608.). Westphal, (Pfandrecht §. 101.) nimmt an, daß ihm ein gesetzliches Unterpfandsrecht zustehe. Noch Andere, als Klinger, (Samml. zum Dorf= und Bauernrecht Th. 1. Bei. n. 226.) Kraus (de reserv. c. 4. §. 8.) verpflichten den

Käufer zur Bezahlung der Rückstände, womit auch eine Entscheidung der Leipziger Juristenfacultät v. 1740. übereinstimmt.

Nach der Meinung Runde's, (a. a. O.) soll ihm das nämliche Vorrecht, wie dem Fiscus wegen rückständiger Abgaben zustehen, (L. 7. D. de publicanis) indem dieß kein besonderes Privilegium des Fiscus sey, sondern ein aus der Natur der subjectiven Dinglichkeit fließender Grundsatz, welcher eben deßwegen auch bei dinglichen Privatgefällen Anwendung leiden muß, womit auch Mevius, (Decis. P. 4. Decis. 403.) übereinstimme. Der Besitzer könne sich jedoch (fügt er hinzu) mit der Einrede schützen, daß der Leibzüchter durch eigene Schuld und Zögerung diese Rückstände veranlaßt und die jenem zuständige Regreßklage unnütz gemacht habe.

Haubold, (sächs. Privatrecht §. 463 [a].) ist der Meinung, daß die bis zum Ausbruch des Concurses rückständig gebliebenen Abzugsleistungen in die Klasse der onerum zu setzen, wenn sie nicht wegen ausdrücklichen Vorbehalts der Hypothek in der Eigenschaft unbezahlter Kaufgelder ein noch besseres Recht genießen; daß ferner die vom Ausbruch des Concurses an bis zur Subhastation fällig werdenden Auszugsleistungen zum Voraus aus der Concursmasse zu verabreichen sind, und die Verbindlichkeit zu den spätern Leistungen auf den Ersteher des Guts übergeht; womit auch Schott, (Diss. observ. iur. Saxonici Lpz. 1779. ob. 3.) Gottschalk, (Discept. for. T. 3. c. 19. p. 225 — 232.) Biener, (Pr. Quaest. 23. p. 5.) übereinstimmen.

Nimmt man auf die im §. 306. enthaltenen allgemeinen Grundsätze Rücksicht, so hat wohl die erstere Meinung den Vorzug. Bestimmen die Landesgesetze kein besonderes Vorzugsrecht, was doch aber gewöhnlich der Fall ist, (Pr. Gerichtsordnung Th. 1. tit. 50. §. 496. und bai. Prioritätsordnung §. 12. not. 7. b. das Vorrecht der ersten Klasse) so hält sich der Leibzüchter wegen des Altentheils an das Colonat, und hat so nach gegen jeden Besitzer Ansprüche auf die fälligen Leistungen; wegen der rück-

ständigen aber steht ihm ein Pfandrecht zu. s. Eichhorn, (Einl. §. 166.)

§. 308. (M. §. 199.)

Entsteht über das Vermögen des Leibzüchters Concurs, so kann der Auszug mit zur Masse gezogen werden.

Wenn man auch die Leibzucht als Alimente ansieht, (Runde a. a. O. §. 27.) und annimmt, daß, da Alimente nicht zur Concursmasse zu ziehen sind, (L. 6. D. de cessione bonorum) auch die Leichzucht nicht zur Concursmasse gehöre, so ist dieß doch unrichtig. Denn:

1) kann im Allgemeinen nicht angenommen werden, daß die Alimente nicht zur Concursmasse zu ziehen sind, indem die angeführte Lex sich auf das beneficium competentiae dessen, der schon einmal in Concurs gekommen ist, bezieht.

2) Wenn der Gegenstand der Leibzucht in abgesonderten Grundstücken, Mobilien, Prästationen die nach Quantitäten, Qualitäten und der Zeit genau bestimmt sind, besteht, so kann er zur Concursmasse gezogen werden, wie Wernher, (O. 2. §. 2.) Kraus, (a. a. O. C. 4. §. 2.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4. c. 7. §. 29. n. 3.) Runde, (a. a. O.) Haubold, (a. a. O. §. 463.ª n. e.) annehmen. Stirbt der Leibzüchter vor dem Ausbruch des Concurses, so können die Gläubiger auf die Leibzucht keine Ansprüche machen, indem mit dem Tode des Leibzüchters das Recht aufhört. Im Codex Max. bav. T. 4. Cap. 7. §. 29. n. 9) ist das Gegentheil angenommen; denn es heißt hier: gehört bei Vergeudung eines Leibrechtes, ungeachtet derselbe bereits verstorben ist, nichts desto weniger die Gerechtigkeit oder der wahre Werth derselben ebenfalls mit zur Grundmasse, und kann der Grundherr unter dem Prätext, daß ihm die Gerechtigkeit heimfällig geworden, ius seperationis nicht prätendiren, sondern muß sich allenfalls, wie jeder andere Grundherr, so ferne er Forderung hat, in Concurs einlassen. In den Verord. v. 24sten Mai 1775 und 9ten Feb. 1791. (Novellen zur Gerichtsordnung S. 351.) ist aber

dieß aufgehoben, und dem Grundherrn das Separationsrecht gestattet, es sey denn, daß er mit Gläubigern concurrirt, die mit seiner Bewilligung eine Hypothek an dem Gut erhalten haben, oder welche eine versio in rem zu erweisen im Stande sind.

§. 309. a (M. §. 199. not. 5.)

Der Leibzüchter kann dennoch den Auszug fordern, wenn die Einkünfte des Hauptguts durch Mißwachs und andere die Erndte treffende Unglücksfälle geschmälert sind.

Wenn der Schaden der Erndte das nießbräuchlich zur Leibzucht eingeräumte Grundstück trifft, so trägt solchen der Leibzüchter, auch leidet er bei einem Unglücksfall, der das Colonat betroffen hat, wenn der Auszug auf einen gewissen Mitgebrauch, auf die Kost am Tische des Colons oder auf eine pars quota der Erndte bestimmt ist.

Wenn ihm aber eine bestimmte Quantität der Früchte oder sonstige Leistungen angewiesen sind, so kann der Colon aus dem geringen Ertrag der Erndte keinen Grund zur Schmälerung des Auszugs hernehmen, selbst alsdann nicht, wenn der Ertrag der Erndte nicht so viel betragen sollte, als die Auszugs-Prästationen. Denn:

1) wenn gleich der Leibzüchter sich vermöge der subjectiv-dinglichen Natur seines Rechts nur an das Colonat und dessen Besitzer halten kann, so bezieht sich doch dieß nicht auf die Species der jährigen Erndte, wenn gleich die Qualität und Zeit der Erndte bei Bestimmung der Qualität der jedesmaligen Leistungen und des Termins, da sie fällig zu achten sind, zu berücksichtigen ist;

2) durch den Ruin oder dauernde Unfruchtbarkeit des Colonats kann zwar sein Recht unterbrochen, oder eine richterliche Ermäßigung der Leibzucht für die Zukunft nothwendig werden, aber der Verlust eines jährigen Ertrags kann den Colon nicht von seiner Verbindlichkeit befreien, indem er als Besitzer des im ganzen verhafteten Colonats wegen der einzelnen Leistungen debitor generis ist und bleibt; auch selbst in dem Falle, wenn gewisse Ländereien,

Bäume oder Stück Vieh bezeichnet sind, aus deren Aufkünften der Auszug geleistet werden soll, tritt dieß ein, indem zu vermuthen ist, daß diese Beziehung blos darum geschehen, um einen Maßstab für die Qualität und Zeit der Leistung zu haben. (13. D. de tritico vino et oleo legato: ex eo vino, quod in illo fundo nascetur, heres meus amphoras decem quotannis in singulos annos dato. Quo anno natum non fuisset, ex superiore anno eius fundi eum numerum amphorarum heredem daturum, Sabinus existimat, quae sententia, si voluntas non adversetur, mihi quoque placet.)

3) Die Gesetze von Remission der Pachtgelder wegen Unglücksfällen können nicht analogisch zur Anwendung auf fremde Verhältnisse gebracht werden.

Hiermit stimmen überein: Wernher, (de reserv. C. 2. §. 3.) Berger, (oecon. iur. Lib. III. tit. 8. th. 13. n. 1.) Danz, (Handbuch B. 5. §. 522[a] n. 10.) Runde, (a. a. O. S. 432.) Mittermaier, (a. a. O.)

Gestützt auf die Auctorität von Ziegler, Lynker, Rodericus, Kraus, (de reserv. rust. C. IV. §. 9.) nehmen Andere das Gegentheil an, und berufen sich auf die L. 39. §. 31. D. de contr. emt., wo es heißt: non amplius emptorem petere posse, quam quae collecta essent. Allein hier ist von keinem Rentenkauf die Rede, sondern von einem Kauf der Baumfrüchte eines Jahres, gegen eine gewisse Quantität der zu erwartenden reinen Erndte. Es liegt eine Vermischung der subjectiven und objectiven Dinglichkeit zum Grunde

§. 309. b (M. §. 199. not. 6.)

Der Leibzüchter kann die Güter wegen Nichterfüllung der Altentheils-Bedingung nicht zurückfordern.

Wenn das pactum commissorium oder der Vorbehalt des Eigenthums auf jenen Fall ausdrücklich dem Vertrage angehängt ist, so steht dem Leibzüchter das Recht der Rückforderung unbedenklich zu, wenn der Gutsnehmer seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt; wenn aber dieß ist, kann blos auf Erfüllung geklagt werden. Denn:

1) findet die L. 1. C. de donatione sub modo, worin der Eigenthümer an den unter der Bedingung der Alimentation geschenkten Gütern, wenn der Schenknehmer seiner Verpflichtung nicht nachkommt, die Vindication gegen den Geschenkgeber anstellen kann, keine Anwendung, wenn nicht dem Leibzuchtsvertrage eine solche Schenkung zum Grunde liegt. f. §. 303.

2) Ein Alimentations=Vertrag wird auch nicht auf diese Art einseitig aufgehoben, denn es kann weder aus dem römischen Recht, noch aus natürlichen Begriffen erwiesen werden, daß jeder Alimentations-Contract eine donatio sub modo in sich begreifen müsse.

3) Der Grund der L. 1. C. de donat. sub modo ist nicht in einer Begünstigung der Alimente zu suchen, denn es kann auch bei Schenkungen unter einem andern modo als dem der Alimente statt finden, sondern er liegt in der großen Aehnlichkeit der Modalschenkungen mit den ungenannten Contracten, wobei bekanntlich mit der condictio causa data, causa non secuta das Gegebene zurückgefordert werden konnte; ein Grundsatz, welchen der Gesetzgeber dort etwas verstärkt zur Anwendung bringen zu müssen glaubte.

Der Leibzüchter hat daher bei Eingehung des Leibzuchtsvertrags die größte Vorsicht zu gebrauchen, und für seine Sicherheit, bald durch Vorbehalt des Eigenthums, des Vorkaufsrechts, der Hypothek am Colonate, bald dadurch, daß er sich das gesammte Vermögen des Uebernehmers verpfänden läßt, zu sorgen.

Hiermit stimmen überein: Harprecht, (D. de iure contr. vitalitii in concursu creditorum §. 17.) Böhmer, (Introd. in ius Digest. L. 39. tit. 5. §. 19.) Thibaut, (Pandectenrecht Th. 1. §. 112.) Runde, (a. a. O. S. 454.) Mirus, (de servato rustico Lpz. 1828. p. 29.)

Das Gegentheil nehmen an: Lennep, (Leihe zum Landsiedelrecht Th. 9. §. 12. not. 7.) Koch, (von den Leihen und Erbpachten im Erzst. Mainz. §. 34.) Zauner, (Auszug Salzb. Landesgesetze Th. 2. s. v. Uebergabe

p. 304.) Fr. Beccmannorum, (Cons. T. II. n. 69.) Claproth, (Rechtswissenschaft der Verträge Th. 2. §. 336. 337. 341.) Glück, (Com. über Pandecten. Th. 5. §. 336.) s. a. Schwarzburgische Verordn. v. 13. Febr. 1786. §. 7. p. 172. Badisches Landrecht. §. 1983.

Auch ist die Meinung der Rechtsgelehrten unrichtig, welche einen Schluß von den Bestimmungen, die von der Leibzucht bei Colonatgütern anzuwenden sind, auf die, welche bei freien Gütern statt haben, machen. s. Duve, (Zeitschrift für Hannover. Heft 2. S. 108.)

§. 310. (M. §. 199. n, 7.)

Der Leibzuchtsvertrag wird wegen einer Verletzung über die Hälfte dann aufgehoben, wenn er in die Klasse der lästigen Verträge gehört.

Bei der Frage: ob die exceptio laesionis enormis bei dem Leibzuchtsvertrag statt findet, ist zu unterscheiden: ob er in die Klasse der lästigen Verträge gehört, oder nicht? In jenem Falle kann das Remedium ex L. 2. C. de rescind. vend. nicht als anwendbar angesehen werden. Denn wenn gleich bei dem Leibzuchtsvertrage die Dauer des Rechts von einem ungewissen Ereignisse abhängt, so wird dadurch noch nicht die Anwendbarkeit ausgeschlossen, wenn nur die Berechnung nach dem, was zur Zeit des geschlossenen Contracts als wahrscheinlich angenommen werden konnte, und nicht nach demjenigen, was nachher wirklich eingetroffen ist, gemacht wird. Wenn die Güter durch einen Kauf- oder Tauschvertrag mit angehängtem Leibzuchtsvertrage übergeben sind, so schließt dieser Anhang jenes Rechtsmittel nicht aus.

In dem zweiten Falle aber, wo der Leibzuchtsvertrag nicht in die Klasse lästiger Verträge gehört, oder wenigstens keine Gleichheit gegenseitiger Prästationen bezweckt wird, kann das Remedium nicht angewandt werden: bei einer Schenkung, bei der anticipirten Erbfolge, und andern ihrer Natur nach freigebigen oder wenigstens ungleichen Geschäften.

Hiermit stimmen überein: Runde, (a. a. O. S. 551.) Einige sind der Meinung, daß das Remedium überhaupt statt finde: Harprecht, (concl. 36. n. 462. 463.) Leyser, (Sp. 205. med. 4.) Lyncker, (de reditibus annuis D. 1. §. 12.) Andere sind der entgegengesetzten Meinung: Voet, (Com. ad P. Tit. de resc. vend. §. 17.) Lauterbach, (coll. th. P. Tit. de resc. v. §. 19.) Struve, (Exercit. Ex. 23. §. 88.) Coccejus, ('de remed. L. 2. C. de rescind. vend. th. 9.) Hommel, (Rhaps. quaest. T. 1. Obs. 144) Claproth, (Rechtswiss. der Verträge Th 2. §. 337.) Mittermaier, a. a. O.)

§. 311. (M. §. 199.)

Durch Verheirathung wird das Leibzuchtsrecht nicht aufgehoben.

1) In der Natur des Leibgedings ist kein Grund vorhanden, den Verlust auf die Veränderung des Standes zu setzen.

2) Der Zweck geht nicht auf Versorgung während des Wittwenstandes, sondern auf die Lebzeit; es kann hier das, was von der Dotalitio gilt, analogisch angewandt werden.

3) Daß der Berechtigte durch die Heirath vielleicht ein neues Versorgungsmittel gewinnt, kann dem Colonus eben so wenig einen Grund geben, ihm ein, durch Aufopferung wohlerworbenes Recht, zu entziehen, welches seiner Natur nach gar nicht auf den Fall der Nothdurft eingeschränkt ist.

Nur versteht sich von selbst, daß dadurch der Verpflichtete keinen Nachtheil leidet, und seine Last nicht vergrößert wird.

Hiermit stimmen überein: Struben, (rechtl. Bedenken Th. 2. n. 145. Kraus, (de reservat. C. ult. §. 6.) Berger, (Resp. P. II. resp. 49.) Eisenberg, u. Stengel, (Beiträge B. 4. S. 121.) Runde, (a. a. O. S. 560.)

Das Gegentheil ist aber in sehr vielen Gesetzen angenommen, s. V. Vincke, osnabrückſches Eigenthumsrecht. S. 93.

§. 312. (M. §. 199. n. 8.)

Durch unerlaubte Handlungen des Leibzüchters geht die Leibzucht nicht verloren.

Wenn gleich von Einigen als: Kraus, (a. a. O. C. VI. §. 4.) Bülow u. Hagemann, (pract. Erört. B. 1. n. 52.) Runde, (deutsch. PR. §. 522[a].) angenommen wird, daß durch einen begangenen Ehebruch die Leibzucht verloren gehe, indem 1) solche an die Stelle des Brautschatzes trete, mit dessen Verlust die Gesetze den schuldigen Theil bei einer Ehescheidung bestraft wissen wollen; 2) die Strafe der Privation sich auf alle Vortheile erstrecke, welche durch Eheberedungen oder Gesetze dem schuldigen Ehegatten zugesichert wären, so wird doch von Andern als: Runde, (a. a. O. über Leibzucht S. 564.) Mittermaier, (a. a. O.) das Gegentheil vertheidigt.

1) Schon der Sachsenspiegel Lib. I. art. 5. sagt: „Ein Weib mag mit Unkeuschheit ihre weibliche Ehre kränken, ihr Recht verlauf sie aber nicht, noch ihr Erbe."

2) Läßt sich dieser Grund nur in dem Falle eines aufheirathenden Ehegatten als möglich denken, allein der Alttheil des übergebenden Colons steht mit der Verletzung der ehelichen Treue nicht in dem geringsten Zusammenhange.

3) Kann der Alttheil des in das Colonat eingeheiratheten Ehegatten nicht als ein lucrum nuptiale angesehen werden, sondern als eine Folge des Verhältnisses zum Colonat: es kann allenfalls durch eine Vernachlässigung der Pflichten gegen das Colonat, aber nicht durch eine Verletzung der ehelichen Treue verloren gehen. Nur das läßt sich nicht bestreiten, daß ein Alttheil, welcher seinen alleinigen Rechtsgrund in einer Eheberedung hat, in jedem Falle aufhören muß, da die ganze Eheberedung mit Scheidung der Ehe ihre Gültigkeit verliert.

Noch unrichtiger ist die Meinung, daß der Alttheil verloren gehe, wenn die Wittwe sich hat schwängern lassen, wie von Kraus, (a. a. O. Cap. 6. §. 4.) behauptet wird, indem kein Gesetz diese Strafe auf das Stuprum

setzt, s. a. Struben, (rechtl. Bed. Th. 5. n. 140.) und Runde, (a. a. O. S. 564.)

§. 313.a (M. §. 200.)

Ist nach einem Anschlag gepachtet und ein Ueberschuß in den einzelnen Rubriken, so kommen sie dem Pächter zu gut, ist aber ein Mangel, so muß sie der Verpächter ersetzen.

Dem Pächter wird der Pachtanschlag vorgelegt, damit er beurtheilen kann, ob der Gutsertrag mit dem geforderten Pachtgelde im Verhältniß stehe. Es dient also solcher offenbar zum Vortheil des Pächters, indem er daraus vorläufig entnehmen kann, worauf er bei der Pachtnutzung Rechnung machen könne. Ist nun die Morgenzahl höher in dem Pachtanschlag bestimmt, so kann der Pächter nicht angehalten werden, ein höheres Pachtgeld zu bezahlen. Denn

1) würde dieß der dargebotenen Verpachtung des Guts mit Zubehör widersprechen: denn unter der Zubehör ist das Ueberschußland mit begriffen; die Wiesen;

2) in zweifelhaften Fällen ist die Auslegung darnach zu machen, wie es gewöhnlich bei der Sache vorkommt. Da nun der Pachtanschlag zum Vortheil des Pächters gemacht ist, so muß auch der Ueberschuß zum Vortheil desselben gereichen; wollte der Verpächter hierauf Ansprüche machen oder ein erhöhtes Pachtgeld fordern, so hätte er sich dieses im Pachtcontract ausdrücklich ausbedingen müssen.

3) Ist bei der Pacht im Allgemeinen das, was vom Kauf gilt, zur Anwendung zu bringen.

Nun bestimmt aber die L. 38. D. de act. emt. vend., daß, wenn Jemand einen Sclaven mit den Worten erkauft: daß derselbe ein aus 10 aureis bestehendes Peculium habe, wovon ihm keiner genommen werden soll, sich aber nachher findet, daß das Peculium aus mehrern oder wenigern besteht, so gehöre dieß in jenem Falle dem Käufer, in diesem aber sey der Verkäufer verbunden, das Fehlende zu bezahlen, wenn nicht etwas anderes verabredet sey.

Sonach kann der Verkäufer und auf ähnliche Art der Verpachter bei einer hinzugefügten Größe wegen des nachher sich hervorthuenden Ueberschusses nur alsdann, wenn er sich vorher solches ausdrücklich vorbedungen, eine Vergütung fordern. Hiermit stimmt überein: Schmidt, (hinterlassene Abhandlungen versch. pract. Rechtsmat., herausgegeb. von Faselius B. 2. n. 83.) Das Gegentheil nimmt aber an: Struben, (rechtl. Bedenken B. 4. Bed. 3. §. 3.) und zwar darum, weil zu vermuthen sey, daß deßhalb eine Morgenzahl in dem Contract ausgedrückt worden, weil man solche der Handlung zu Grunde gelegt, und z. B. ein Pachtgeld von 1000 Rthlr. bestimmt habe, weil die Contrahenten voraussetzten, daß die im Contracte benannte Morgenzahl sich vorfinde, und einen jeden Morgen mit 2 Rthlr. bezahlt wissen wolle.

Allein wenn gleich die in dem Pachtanschlag ausgedrückte Morgenzahl der Pachthandlung zu Grunde gelegt worden, so ist dieß jedoch in Ansehung des Pachts nur mit der Wirkung geschehen, daß ihm der Verpachter selbige wenigstens gewähren, nicht aber, daß letzterer die etwa nachher sich vorfindende Ueberzahl von dem Verpachter vergütet zu verlangen befugt seyn sollte, wenn er sich solches nicht ausdrücklich vorher ausbedungen hat.

§. 313 b. (M. §. 200. not. 1.)

Der Pachter kann Nachlaß des Pachtzinses fordern, wenn er an noch nicht eingebrachten Früchten einen Schaden erlitten hat.

1) Daß der Verpachter zum Nachlaß des Pachtzinses zum Theil oder ganz verbunden ist, wenn der Pachter an den Früchten einen Schaden leidet, ist darum unbedenklich, weil jener dafür stehen muß, daß dieser von dem Pachtgute die ihm überlassenen Früchte ziehe, wenn er seiner Verbindlichkeit in Bezahlung des Pachtzinses nachkommen soll. (L. 15. §. 2. §. 35. D. locati cond. L. 25. §. 6. D. eod.)

Nur wird vorausgesetzt, daß 1) der Schade durch einen ungewöhnlichen Zufall geschah; 2) an den Früchten, welche noch nicht percipirt sind; denn Ulpian sagt: (in L. 15.

§. 2. D. loc. cond.) domnum domini est, opertere enim agrum praestare conductori ut frui possit. Nach der Perception kann er so wenig einen Nachlaß fordern, als der Verpachter, dem der Pachtzins vorausbezahlt ist, dem Pachter die Erhebung der Früchte vorenthalten kann. [s])

s) Hofacker, Prin. iur. civ. T. 3. §. 1990. Bucher, Recht der Forderungen §. 75. Makeldey, Lehrbuch der Institutionen. Gießen 1814. §. 558.

Zu welcher Zeit aber die Perception anzunehmen sey, ist streitig.

Einige sind der Meinung, daß sie erst alsdann eintrete, wenn die Früchte, nachdem sie ausgedroschen, auf den Boden gebracht sind: als Frantzius, (comment ad. P. loc. cond. n. 130.) Berger, (oeconomia iur. Lib. 3. tit. 5. §. 23. n. 5.)

Andere behaupten, daß den Pachter erst alsdann der Verlust treffe, wenn er nach der Perception so viel Zeit gehabt, als erfordert wird, um die Früchte ins Geld zu setzen. Leyser, (med. ad P. Vol. 11. Suppl. Sp. 217. med. 9.) Pütter, (Praef. ad Riedesel ab Eschenbach Diss. de eo quod iustum est circa remissionem mercedis in loc. cond. §. 1.) v. Winckler, (rechtl. Abh. v. Kriegsschaden der Pachter und Miethsleute 1 Ab. 3 Haupst. n. 98.) Westphal, (vom Kauf §. 977.) Bodmann, (th. pract. Erört. der Grundsätze, wornach die Kriegsschaden jeder Art festzustellen. §. 28.) Overbeck, (Meditationen üb. verschiedene Rechtsmaterien B. 3. med. 147.) Eminghaus zu Cocceji, (ius controv. tit. loc. cond. Qu. 34. not. 3.) Schweppe, (vom PR. B. 3. §. 419.). Der Hauptgrund, der angegeben, ist der, daß es der Billigkeit gemäß sey, ein Gleichgewicht zwischen dem Pachtgeld und dem Nutzen der gepachteten Sache zu beobachten, und daher zwischen erhobenen und nicht erhobenen Früchten kein Unterschied gemacht werden könne. Billig daher sey es, daß der Verpachter für die Früchte von einer Erndte zur andern hafte. Allein wollte man dieses annehmen, so würde die große Unbilligkeit für den Verpachter entstehen, und der Pachter allein zum Nach-

theil

theil des Verpachters begünstigt werden. Diese Meinung stößt gegen die Gesetze an. In der L. 78. D. de rei vind. heißt es: Perceptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint veluti si olivae, uvae lectae, nondum autem vinum, oleum ab alieno factum sit. Statim enim ipse accepisse fructum existimandus est. Irrig ist es, wenn einige der Meinung sind, (als Winckler a. a. O. S. 114.) daß diese Stelle nicht auf Pachtung zu beziehen sey.

Nach der richtigen Meinung, welche Carpzov, (P. 2. const. 37. Def. n. 20. n. 8.) Wernher, (select. observ. for. T. 2. P. 4. ob. 414.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 1. B. 95.) v. Kreitmayr, (Anmerk. zum Cod. Max. bav. Th. 4 C. 6. §. 6. S. 352.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 377.) v. Glück, (Pandectencomm. Th. 17. §. 1056. S. 458.) vertheidigen, kann die Perception nicht eher angenommen werden, als bis die Früchte in die Scheuer gebracht sind; besser würde es seyn zu sagen: in Verwahrung gebracht. Denn in einigen Gegenden, wo so viel geerndtet wird, daß die Früchte nicht alle in die Scheuer gebracht werden können, sondern in sogenannten Dümen aufgehäuft auf dem Felde stehen bleiben, keine Anwendung finden. Daß aber in diesem Falle, wenn die in Dümen stehenden Früchte zu Grunde gingen, der Pachter keinen Nachlaß an Pachtzins verlangen kann, ist wohl unbedenklich.

§. 314. (M. §. 200.)

Der Pachter ist verbunden, die Zinsen hypothekarischer Forderungen zu entrichten, wenn der Verpachter dazu unvermögend ist.

1) Der Hypotheken-Gläubiger hat wegen seiner Ansprüche an Kapital und Zinsen ein Unterpfandsrecht an dem verpfändeten Grundstück und Einkünften.

2) Ist das Grundstück verpachtet, so kann er sich wegen der rückständigen Zinsen an die Pachtgelder halten.

3) Der Pachter ist verbunden, sich bei Uebernahme der Pacht nach den Verhältnissen seines Verpachters zu erkundigen, und kann zum Nachtheil des Hypothekgläubigers keinen Vertrag mit dem Verpachter eingehen. Hat er sich nun erkundigt, und in Erfahrung gebracht, daß das Grundstück hypothekarisch unterpfändet ist und dennoch zum Nachtheil des Hypothekgläubigers mit dem Verpachter wegen der Pachtgelder einen Vertrag abgeschlossen, so hat er dolose gehandelt, und ist verbunden, wenn er gleich die Pachtgelder schon praenumerando an den Verpachter bezahlte, die Zinsen an den Hypothekgläubiger zu entrichten, indem sich dieser an die Pachtgelder wegen der rückständigen Zinsen halten kann. Hat er sich nicht erkundigt, so leidet er durch seine Schuld.

4) Wenn das Pachtgeld, was gewöhnlich geschieht, in vierteljährigen Terminen abgetragen wird, so gereicht es dem Pachter nicht zum Nachtheil, wenn er einen Termin praenumerando an den Verpachter bezahlte, denn der Hypothekar-Gläubiger leidet dadurch keinen Schaden, indem er die Zinsen aus den noch zu bezahlenden Pachtgeldern erhalten kann.

Hiermit stimmt überein: Guichard, iurisp. hypoth. T. 2. p. 550. Tom. 4. p. 204. t)

t) Er erzählt hier zwei wichtige Fälle, wo die französischen Gerichte nach gleichen Grundsätzen entscheiden. s. auch Pr. L.R. Th. 1. tit. 10. Ein Pachter, welcher die Pacht auf mehr als ein Quartal an den Gutsbesitzer voraus bezahlt hat, kann diese Zahlung den damals schon eingetragenen Gläubigern, welche darein nicht gewilligt haben, nicht entgegensetzen.

Zum Theil nimmt v. Gönner, (im Commentar über das baierisch. Hypothekengesetz S. 426.) das Gegentheil an, indem er bemerkt, daß der Pachter die Vorausbezahlung des Pachtgeldes dem Hypothekgläubiger nicht entgegensetzen könne; doch aber scheint es das Recht und die Billigkeit zu fordern, daß die für das laufende Jahr oder Ziel, wenn auch vor dessen Ablauf gemachte, Zahlung nicht für eine solche Vorausbezahlung im strengsten Sinne zu achten sey, indem diese Bedingung bei Pachtverträgen nicht nur gesetzlich erlaubt, sondern auch zur Si-

cherheit des Verpachters gereiche, auch die angeführte Beschränkung so beschaffen sey, daß sie dem Gläubiger wenig schade, also nicht gesagt werden konnte, sie sey in fraudem creditorum geschehen.

§. 315. a. (M. §. 200. n. 7.)
Kauf bricht nicht Miethe.

Nach dem Naturrecht läßt sich nicht annehmen, daß der Kauf Miethe breche, denn der Verkäufer kann nicht mehr Recht auf den Käufer übertragen, als er selbst hatte, folglich, so wenig jener berechtigt war, dem Miethmann den Miethcontract nach Gutdünken aufzukündigen, eben so wenig ist auch dieses dem Käufer gestattet. Er, der Vermiether, fehlt sonach der Form und der Materie nach, wenn er die vermiethete Sache verkauft, ohne den Käufer von dem bestehenden Miethvertrag in Kenntniß zu setzen. Das römische Recht ist mit sich selbst im Widerspruch; denn wenn in der L. 9. c. de loc. et cond. ausdrücklich gesagt wird: emtorem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, so enthält die L. 25. §. 1. D. de reb. creditis eine entgegengesetzte Bestimmung, weßhalb von den ältesten bis auf die neuesten Zeiten hierüber Streit unter den Rechtsgelehrten vorhanden war. [u])

u) Nettelbladt, Beitr. zur juristischen gelehrten Historie St. 7. n. 4. S. 525. Zollius, Diss. ad L. 9. c. de loc. cond. Rint. 1687. war der erste, welcher den Kampfplatz eröffnete, fand einen Gegner an Zaunschlifferus, vind. sec. comunem interpret. L. 9. c. de locat. et cond. 1688., worauf Zollius seine Meinung in der Abhandlung: Kauf hebt Miethe nicht auf 1690, auf's neue vertheidigte; jener die seinige wieder: Kauf geht vor Miethe; dieser in der Abh.: Kauf hebt Miethe nicht auf. Rint. 1705. Lampe, Diss. de vi et efficacia cautelarum pro tuendo iure conductoris adversus emtorem rei locatae expellentem. Gött. 1795.

Wenn in den Particulair-Gesetzen [v]) nicht eine entgegengesetzte Bestimmung vorhanden ist, so kann nach gemenem Recht nicht angenommen werden, daß Kauf Miethe aufhebe, indem dieser Grundsatz der Natur des Vertrags entgegen ist.

v) Ludewig, Diss. de emtore non stante locationi antecessoris. Gött. 1762. hat mehrere derselben angeführt. Zu denen, welche den Satz: Kauf bricht nicht Miethe, bestätigen, gehören: die Hamburger

Statuten P. 2. tit. 9. art. 13. Friedrichsstädter Statuten Th. 2. Abth 2. tit. 2. art. 9. Nürnberger Reformation 17. art. 7. Ostfries. Landrecht 2. c. 270. Lüneb. Statuten Th. 2. tit. 15. Rostocker Stadtrecht Th. 3. tit. 8. §. 20. Trier. Landrecht 19. §. 4. von Bremen s. Oelrich Samml. S. 155. von Osnabrück Lodtmann mon. osnabr. app. n. 4. n. 6. Auch die holländischen Statuten enthalten den Grundsatz: huyr gaut voor Koop. s. rechtsgeleerde observat. zu de Groot. 3. p. 206. medit. iurid. de iniquitate et instabilitate vulg. Kauf geht vor Miethe. Frankf. 1762.

Wenn aber die Statuten w) die entgegengesetzte Bestimmung enthalten, so kann doch der Satz dann keine Anwendung finden, wenn

1) der Mieth- oder Pachtvertrag in dem Hypothekenbuch eingetragen ist, indem der Käufer verbunden ist, sich mit dem Inhalt desselben bekannt zu machen, und alle diejenigen Lasten und Beschwerden zu übernehmen, welche hier aufgezeichnet sind; x)

2) wenn die Pachtung ein fiscalisches oder landesherrliches Grundstück betrifft, indem nach der Bestimmung der L. fin. D. de iure fisci der Käufer einer res fiscalis den, welcher solche vom fisco oder principe pachtweise erhalten hat, vor geendigter Pachtzeit nicht austreiben darf. Diese Bestimmung hat ihren Grund zunächst in einem Privilegio des Fiscus, welcher dadurch gegen alle Entschädigungsansprüche gesichert werden soll; sie giebt aber zugleich dem Pachter desselben volle Sicherheit des Besitzes auf die kontractmäßige Pachtzeit. y)

w) So z. B. das würt. Landrecht Th. 2. tit. 17. §. 5. Cod. Max. bav. Th. 4. C. 6. §. 14.

x) Eisenhardt, Grundsätze des d. R. in Sprüchw. n. 31 a. §. 3. S. 390. s. a. Glück, PComment. Th. 18. S. 43. s. a. öster. Gesetzb. §. 1095. Nach dem Code civil art. 1743. fällt der Satz weg, wenn der Miethvertrag in öffentl. Urkunden errichtet ist oder date certaine hat. — Durch den Vertrag, welchen der Miether mit dem Pachter eingegangen hat, wird der Käufer nicht beschränkt. s. Lampe a. a. O. §. 4.

y) Runde Beitr. z. d. R. B. 1. n. 16.

3) Findet er keine Anwendung in allen Fällen, wo jemand nicht aus freiem Willen, sondern vermöge der Nothwendigkeit in die Rechte und Verbindlichkeiten des Vermiethers tritt. (z. B. Creditores immissi.)

Was den Hauptsatz betrifft, z) nämlich daß der Kauf nicht die Miethe breche; so stimmen darin überein: außer

dem angeführten Zollius, Brunnemann, (de emtore conductorem secundum ius civile non expellente. Goett. 1761.) Hoheisel, (Prog. amicabilis compositio litis inter doctores agitatissimae, utrum successor singularis expellere queat conductorem. Hal. 1767.) Lampe, (a. a. O. §. 3.) Krüll, (Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechts B. 4. n. 1.)

Die entgegengesetzte Meinung, welche von den meisten Rechtsgelehrten vertheidigt wird, als von den angeführten Zaunschliffer, Quillius, (de iure emtoris praed. expellendi eius conductorem. Marb. 1730.) Otto, (de iure emtoris expellendi conductorem ad L. 9. c. loc. cond. Traj. ad Rh. 1736.) Beck, (de conductore in locatorem iuste retroquente Kauf bricht Miethe. Alt. 1745.) v. Kreitmaier, (Anmerkungen zum Cod. Max. Th. 5. K. 6. §. 14.) Griesinger, (Commentar z. würt. Landrecht B. 3. S. 983.) Walch, (Introductio in cont. i. civil. p. 642.) Eisenhardt, (a. a. O. §. 2.) Danz, (Handb. d. d. PR. Th. 2. §. 200.) Heise u. Cropp, (jurist. Abh. B. 2. n. 10.) Mittermaier, (a. a. O.) stützt sich auf folgende Gründe; 1) sey der Satz in der L. 9. C. l. c. gegründet; auch nach deutschem Recht gelte die Parömie: Kauf bricht Miethe. 2) Ein successor singularis wie der Käufer brauche die facta antecessoris sui nicht zu prästiren, und könne von dem Miether weder mit einer persönlichen noch dinglichen Klage beklagt werden, nicht mit jener, weil der Käufer mit ihm nicht contrahirt habe, nicht mit dieser, weil die Miethe kein Realrecht ertheile.

z) Gebhard, Diss. de reg. iur. germ. Kauf geht vor Miethe. Alt. 1718. hat beide Meinungen geprüft.

§. 315.b (M. §. 200.)

Der Verpachter kann seine gegen den Pachter habende Befugniß der Fortsetzung der Pachtung an den Erwerber des Grundstücks cediren.

Die Gründe, welche für die entgegengesetzte Meinung angeführt werden, sind:

1) in der L, 32. D. locati heißt es: qui fundum colendum in plures annos locaverit, decessit, ut eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset: quod si colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset, necdum tradidisset, ali legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus.

Diese Stelle enthalte, wie die Gegner behaupten, die unbedingte allgemeine Vorschrift, daß der Legatar den Pachter zur Fortsetzung der Pacht unter keiner Bedingung zwingen könne, sonach könne er dieses auch dann nicht, wenn im Testamente ihm die Rechte des Erblassers aus dem Pachtcontracte mit vermacht, oder wenn sie ihm vom Erben cedirt wären. Es ergiebt sich also aus diesem Gesetz der Grundsatz: daß eine Uebertragung der Pachtrechte auf einen Singular-Seccessor nicht statt findet. Denn würde eine solche für zulässig erachtet seyn, so hätte von Julian angenommen werden müssen, daß die Rechte aus dem Pachtcontracte dem Legatar mit gebührten, indem der vermachten Sache stillschweigend alle diejenigen Rechte folgen, welche mit derselben in Verbindung stehen. Der dafür geltend gemachte Grund, weßhalb auch der Erbe gegen den Pachter nicht auf Fortsetzung der Pacht klagen kann: quia nihil heredis interesset, sey nicht eigentlich der Grund der Entscheidung, sondern vielmehr nur die ausgesprochene Folge der Veräußerung des Grundstücks, welche Veräußerung die Aufhebung des Pachtcontracts ohne Weiteres herbeiführt.

2) Aus der L. 49. D. de act. emti. und aus der L. 13. D. qui potiores in pignore könne nicht das Gegentheil gefolgert werden: denn wenn gleich in der erstern Stelle der Verkäufer dem Käufer verspricht, daß er dafür haften wolle, daß der bisherige Pachter die Pachtzeit aushalte, und den Zins gehörig entrichte, und der Verkäufer sonach ein Mittel haben muß, wie er den Pachter nöthigen könne; und in der zweiten Stelle der Verkäufer sogar

das Recht auf die ihm von dem Miethmanne bestellten Pfänder von dem Käufer cedirt, sonach von einer Cession der Pachtrechte zu handeln scheint, so berühren doch beide Fragmente nicht eigentlich die aufgeworfene Frage, sondern es würden nur die Folgen, die bei einer vorgenommenen und als rechtsbeständig vorausgesetzten Uebertragung der Pachtrechte eintreten, entwickelt: auch könne ja die Zustimmung des Pachters statt gefunden haben, ohne daß der Jurist Veranlassung gefunden, sie heraus zu heben.

3) Ein mit Verbindlichkeiten vermischtes Recht sey nicht übertragbar. Thibaut, (System des Pandectenrechts B. 1. §. 77.)

4) Erwirbt der Pachter durch die Veräußerung das Recht, von dem Vertrag abzugehen, welches ihm durch einseitige Handlung des Veräußerers nicht wieder entzogen werden kann.

5) Die Verbindlichkeiten, welche aus dem Pachtvertrage entspringen, wären von der Art, daß sie nicht gegen jeden Dritten zu erfüllen sind, es sonach dem Pachter nicht gleichgültig seyn könne, ob er diesen oder jenen zu seinen Verpachter hätte. Wenn daher der Käufer des Grundstücks ex iure cesso die Erfüllung seiner Rechte verlange, so könne der Pachter die exceptio doli oder non adimpleti contractus ihm entgegen setzen.

6) Diese Grundsätze seien auch dann anwendbar, wenn über das Vermögen des Verpachters Concurs ausbricht. Denn durch den Ausbruch des Concurses und durch die dabei eintretende Abtretung des Vermögens an die Creditoren gehe das verpachtete Grundstück auf diese, als Singular-Successoren über, und daher können diese eben so wenig als der Käufer die Fortsetzung des Pachtcontracts fordern.

Wenn man dieses nicht annehmen würde, so entstände eine Ungleichheit der Rechte beider Theile, indem der Pachter genöthigt würde, auf Verlangen der Gläubiger den Contract auszuhalten, die Concursgläubiger aber hierzu nicht gezwungen werden könnten. Auch könne der Pachter in der Person des insolventen Verpachters gar keine Sicher-

heit mehr dafür finden, daß seinen contractlosen Ansprüchen überall ein Genüge geschehe, während er seinerseits immer noch zur strengen Erfüllung des Vertrags gehalten sein solle; sonach müsse dieser Umstand ihm ein Recht ertheilen, von demselben abzugehn.

Diese Meinung vertheidigen: Beck, (de conductore in locatorem inde retorquente paroemia: Kauf bricht Miethe. Alt. 1745.) Ludewig, (de emtore non stante locationi antecessoris. Goett. 1762.) Mühlenbruch, (Cession d. Forderungsrechte S. 309 — 19.)

Allein mit Recht nehmen Lauterbach, (colleg. th. pract. Lib. 19. tit. 2. §. 69.) Strube, (Syntagma iur. lib. 19. tit. 2. ths. 27.) Huber, (Diss. iur. ad L. 32. D. locati th. 6. T. 2. p. 358.) Glück, (Pandecten-Comment. Th. 18. S. 27 31.) Schweppe, (römisches Privatrecht §. 469.) Heiße u. Cropp, (jurist. Abhandl. B. 2. n. x.) das Gegentheil an. Denn

1) ist die L. 32. D. locati ganz anders auszulegen, als von den Gegnern geschieht. Der Jurist stellt hier einen concreten Fall auf, den er beurtheilt und entscheidet. Es kann sonach kein factisches Moment in das Gesetz hineingetragen werden, welches der gegebene Fall nicht enthält: dieß geschieht aber, wenn man annimmt, daß dem Legatar die Rechte aus dem Pachtcontracte von dem Erblasser oder dem Erben mit übertragen sind. Es war ihm vielmehr in dem angegebenen Falle das Grundstück schlechthin vermacht, so nach ist auch die Entscheidung nur nach dieser factischen Prämisse zu beurtheilen. Daß der Jurist nicht weiter gehen wollte, ergiebt sich klar daraus, daß er dem Pachter auch kein Zwangsrecht gegen den Legatar zum Aushalten der Pacht beilegt, während es doch keinem Bedenken unterliegen kann, daß ihm ein solches zustehen würde, wenn der Erblasser es dem Legatar im Testamente zur Pflicht gemacht hätte, den Pachter die Pachtzeit über im Genusse zu lassen.

Durchaus unrichtig ist die Behauptung: daß die Rechte aus dem Pachtcontracte stillschweigend als mit vermacht angesehen werden müssen, wenn sie einer Uebertra-

gung auf den Legatar fähig gewesen wären, denn der Legatar erhält nur diejenigen Rechte mit, die, wie z. B. Real-Servituten, der vermachten Sache zustehen, oder die nach der vermuthlichen Absicht des Testirers als mit vermacht anzusehen sind, weil ohne ihre Einräumung der legirte Gegenstand dem Legatar gar keinen Nutzen gewähren würde. Persönliche Rechte und Ansprüche, die dem Erblasser hinsichtlich der vermachten und veräußerten Sache zustanden, gehen nicht anders auf den Legatar oder Erwerber über, als wenn sie in das Vermächtniß oder in die Veräußerung ausdrücklich einbegriffen sind. Weder in der einen noch in der andern Hinsicht können aber die Ansprüche aus einem Pachtcontracte als stillschweigende Accessionen des vermachten Grundstücks angesehen werden.

Sieht man nun auf die gegebenen factischen Voraussetzungen, so enthält die Entscheidung nichts, was die aus der Stelle gezogene Folgerung rechtfertigen könnte.

Der Legatar und der Pachter sind in dem Falle, welcher derselben zum Grunde liegt, sich gegenseitig zu nichts verpflichtet, weil die persönliche obligatio aus dem Miethvertrage auf den Legatar als successor singularis nicht übergegangen, und auch nicht speciell auf ihn übertragen war.

Auf den Erben war freilich die obligatio übergegangen, wie sich klar daraus ergiebt, daß der Pachter mit seiner Entschädigungsklage an ihn verwiesen wird, wenn der Legatar ihn aus der Pacht treiben sollte. Wenn nun gleich wohl dem Erben keine Klage gegen den Pachter auf Fortsetzung der Pacht gestattet wird, so geschieht dieß blos, weil es ihm hierbei an Interesse fehlt. Diese Worte enthalten den wahren Entscheidungs- und einen erschöpfenden Grund des Ausspruchs, den der Jurist thut.

Diese Stelle enthält daher nichts, was die Gegner für ihre Behauptung benutzen könnten.

2) Aus den angeführten Gesetzen L. 49. D. de act. emti, und L. 18 D. qui potiores in pignore, lassen sich kei-

ne Gründe anführen, nach welchen auf unbezweifelte Weise die Frage entschieden werden könnte.

3) Beurtheilt man die Frage nach allgemeinen Grundsätzen, so sind die Rechte des Verpachters offenbar von der Art, daß sie vermittelst der Cession der actio locati übertragen werden können. Dann lassen sich nicht Klagen auf solche Ansprüche, die erst von einer Bedingung abhängig sind, oder die erst künftig verfolgt werden können, cediren. (s. L. 17. 19. D. de hered. vel act. vend.) Was die entgegenstehenden Rechte des Pachters anbetrifft, so ist nicht einzusehen, warum diese nicht mehr, ohnerachtet des Verkaufs des Grundstücks, geltend gemacht werden können, indem ja, wie die sublocatio beweiset, auch fremde Sachen vermiethet werden können, wenn der Vermiether nur zu dem Eigenthümer in einem solchen Verhältniß steht, daß derselbe solche Dispositionen anerkennen muß, und indem der Verkäufer, ohnerachtet er die Sache nicht mehr besitzt, doch durch die mit dem Käufer getroffenen Vereinbarungen dafür sorgen kann, daß letzterer die dem Vermiether obliegenden Leistungen fortwährend erfülle. Diese Erfüllung ist nämlich zwar allerdings die Bedingung für die wirksame Anstellung der actio locati von Seiten des Cessionars, auf den die Rechte des Verpachters übertragen sind, indem dieser Klage sonst die exceptio non adimpleti contractus entgegen stehen würde; allein die Erfüllung der Verbindlichkeit des Verpachters durch einen Andern erscheint als völlig statthaft, und kann sehr wohl darin bestehen, daß diese Verbindlichkeit selbst ihm noch ferner obliegt.

4) Im Allgemeinen läßt sich durchaus nicht der Grundsatz vertheidigen, daß ein mit Verbindlichkeiten verbundenes Recht nicht übertragbar sey; dieß kann nur da angenommen werden, wo es auf besondere Eigenschaften des Verpflichteten ankommt, bei solchen Rechten aber, bei denen dieß nicht der Fall ist, können solche namentlich durch einen Procurator in rem suam erfüllt werden; und als solcher erscheint der Cessionar des Verpachters, wenn er, um sich den Genuß des cedirten Rechts zu verschaffen, dem Miether fortwährend die Benutzung der vermietheten Sa-

che überläßt. Der Miether hat hier eben so wenig einen Grund, die Annahme dessen, was ihm nach dem Vertrage zu leisten ist, aus der Hand des Cessionars für den Cedenten zu verweigern, als der Vermiether sich weigern kann, die Bezahlung des Miethgeldes von dem Aftermiethmanne anzunehmen, der sie ihm Namens des Miethers leistet.

5) Der angeführte Grund ist eben so hinfällig. Es fehlt an gesetzlichen Gründen, der Veräußerung solche Folgen beizulegen, auch würde es gegen den Grundsatz anstoßen: Kauf bricht nicht Miethe. (s. §. 315.[a]) Denn da nach demselben der Pachter von dem Käufer die Fortsetzung der Pachtung verlangen kann, so kann er auch vermöge des ihm von dem Verpachter abgetretenen Rechts, von dem Pachter verlangen, daß er die Pacht fortsetze.

6) Wenn beim Ausbruch des Concurses über das Vermögen des Verpachters angenommen wird, daß die Gläubiger die Fortsetzung der Pacht nicht verlangen können, und dafür die in n. 6. enthaltenen Gründe angeführt werden, so sind sie bei näherer Prüfung ganz hinfällig. Denn:

a) ist es unrichtig, daß durch Ausbruch des Concurses eine Abtretung des Vermögens des Gemeinschuldners erfolgt; die Gläubiger erhalten vielmehr blos die Befugniß, diese Güter zu ihrem Besten verwalten zu lassen und aus denselben sich bezahlt zu machen. So lange sie daher zu diesem letzteren Behufe keine Veräußerung derselben vorgenommen haben, verbleiben letztere das Eigenthum des Creditors, und es ist noch überall keine Alienation vorgekommen, mithin ist bis dahin auch noch kein Grund für den Pachter vorhanden, dem Gläubiger, welcher blos Namens des Falliten, wenn gleich zu ihrem Besten, die Pacht einfordert, das Pachtverhältniß aufzukündigen. Wenn aber die Gläubiger das verpachtete Grundstück, wozu sie befugt sind, veräußern lassen, so ist auch hier kein Rechtsgrund vorhanden, weßhalb sie nicht eben so gut als der Creditor selbst dazu vor Ausbruch der Insolvenz im Stande gewesen wären und berechtigt seyn sollten, dem Käufer die Rechte aus dem

Pachtcontracte des Creditors mit zu übertragen, wie sie andere Rechte desselben übertragen dürfen.

b) Daß eine Verletzung der Gleichheit der Rechte des Pachters oder Verpachters dadurch erfolge, beruht ebenfalls auf unrichtigen Principien.

Von einer Gleichheit der Rechte kann nur da die Rede seyn, wo beide Theile mit einander in Contractsverhältnissen stehen, und selbst hier leidet dieß Ausnahmen, so daß das Argument von der Gleichheit der Rechte immer nur mit großer Behutsamkeit angewandt werden kann. Außer den Contractsverhältnissen ist es ganz gewöhnlich, daß jemand gegen einen Andern ein großes Recht hat, ohne daß dem Andern gegen ihn das gleiche Recht beigelegt werden kann. Das Wahlrecht der Gläubiger, entweder den Pachtcontract des Falliten fortzusetzen, oder auch denselben einem Andern zu cediren, wo sie dann denselben auch als Bedingung hievon gegen den Pachter zu erfüllen oder erfüllen zu lassen haben, oder von den Rechten des Falliten aus dem Pachtcontracte keinen Gebrauch zu machen, und die Sache, ohne Verpflichtung für den Käufer die Pacht auszuhalten, zu veräußern, ist die rechtliche Folge davon, daß die Gläubiger befugt sind, sich aus den activis der Masse auf die möglichst vortheilhafte Art befriedigt zu machen, und daß ihnen keine Verbindlichkeit obliegt, die persönlichen Verbindlichkeiten, worin der Gemeinschuldner gestanden, zu erfüllen, sondern nur die Gläubiger, die durch die Nichterfüllung einer solchen Verbindlichkeit in Schaden kommen, mit ihren Schadenansprüchen verhältnißmäßig an der Masse participiren zu lassen. Dieser letztere Fall tritt nur dann ein, wenn die Gläubiger das Recht des Gemeinschuldners aus dem Pachtcontract fallen lassen, und blos sein Eigenthum an der verpachteten Sache zur Befriedigung benutzen.

c) Weder nach den Gesetzen noch nach der Natur der Sache kann man annehmen, daß der Pachter nach Ausbruch des Concurses jede Sicherheit für die Erfüllung seiner persönlichen Ansprüche an den Verpachter verliere. So lange die Gläubiger keine anderweitige Verfügung über den verpachteten Gegenstand treffen, ist für den Pachter nicht

einmal das Bedürfniß einer Sicherheitsstellung vorhanden; nehmen sie aber eine Veräußerung des Guts und dabei eine Cession der Pachtrechte vor, so muß zugleich der Erwerber des Guts als Bedingung der ihm cedirten Rechte die Verpflichtungen des Gemeinschuldners aus dem Pachtcontract anerkennen.

§. 316. (M. §. 200. n. 4.)

Der Lieferant ist nicht zum Schadenersatz verbunden, wenn er wegen Ausfuhrverbot die Waare nicht liefern kann.

Wenn man den Lieferungsvertrag nach den Grundsätzen von Vermiethung der Dienste beurtheilt, so ist es wohl unbedenklich, daß jene Bestimmung als die richtigere angenommen werde.

Das römische Recht bestimmt: daß derjenige, welcher Dienste für Andere um einen Lohn übernommen hat, für den Zufall nicht stehe. (L. 13. §. 1. f. 5. D. loc. cond. und Westphal vom Kauf, Pacht und Miethe §. 970.) Diese Bestimmung findet dann Anwendung, wenn die Waare, welche den Gegenstand des Lieferungsvertrags ausmacht, aus einem bestimmten Lande nur zu beziehen ist und daselbst, nach geschlossenem Handel, und zwar vor dessen Abschluß, jedoch in einer Zeit, wo der Lieferant davon noch nicht benachrichtigt seyn konnte, gerade die Ausfuhr dieser Waare verboten wird; denn dieser Vorfall ist als ein Zufall zu betrachten, und sonach fällt jede Verbindlichkeit für den Lieferanten weg.

Hiermit stimmt überein: Bender, (Handelsrecht §. 85.)

Das Gegentheil nimmt an: Veillodter, (Entwurf eines Handelsgesetzbuchs §. 107.) und behauptet, daß der Lieferant verbunden sey, den zwanzigsten Theil des Werths der zu liefernden Waare als Schadenersatz zu leisten. Er subsummirt diesen Fall nicht unter diejenigen, welche durch einen Zufall veranlaßt werden, denn bei diesen nimmt er in §. 109. an, daß keiner eine Entschädigung verlangen könne.

§. 317. (M. §. 200. n. 7.)

Der Miether ist bei feindlichen Einquartierungen verbunden, die Quartierlast zu übernehmen, kann aber verhältnißmäßigen Ersatz am Miethzins verlangen, nicht so der Pachter; was die Einquartierungskosten betrifft, so sind sie durch eine billige Concurrenz des Locators und Conductors auszugleichen.

Bei der Frage: ob der Miether oder Pachter verbunden sey, die Einquartierungslast mit zu übernehmen, ist zuerst auf den Mieth- und Pachtvertrag und in Ermangelung desselben auf die Gesetze a) oder Observanzen Rücksicht zu nehmen; bestimmen diese nichts, so ist zwischen den Einquartierungen in Friedens- und Kriegszeiten zu unterscheiden. b)

a) Pr. LR. Th. 1. tit. 21. §. 289. Sächs. Generale, die den Pachtern wegen der von ihnen geleisteten Kriegsprästationen oder erlittenen Kriegsschaden von ihren Verpachtern zu gewährende Entschädigung bet. vom 26sten Mai 1810. s. Haubold sächs. PR. §. 246. bai. Verord. vom 23sten Feb. 1809. mekl. Verord. vom 2ten Dec. 1808. in Both Samml. 1. S. 285.

b) Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Th. 4. n. 1.

In Hinsicht der erstern wird nicht leicht ein Streit zwischen dem Miether und Vermiether entstehen, indem hierüber in jedem Lande besondere Verordnungen vorhanden sind. Was aber die letztere anbetrifft, so ist zwischen Quartierlast und Einquartierungslasten zu unterscheiden.

I. Was nun die Quartierlast betrifft, so ist zwar

a) der Miether verbunden, solche zu übernehmen, kann aber von dem Vermiether einen verhältnißmäßigen Nachlaß an dem Miethzins fordern, und zwar darum, weil 1) bei Hausmiethen die Wohnung für die Hauptsache gehalten wird, worauf sich der Miethcontract bezieht, und wird nun dem Miether der Gebrauch derselben ohne sein Verschulden ganz oder zum Theil entzogen, so ist das Recht des Miethers auf verhältnißmäßen Ersatz des Miethgeldes außer Zweifel (L. 33. D. loc. cond); 2) auch es unbillig seyn würde, wenn der Vermiether den ganzen Miethzins verlangen wollte, während der Miether die ge-

miethete Wohnung durch die bei ihm eingelegte Einquartierung ganz zu benutzen verhindert wird.

Jedoch wird hierbei immer vorausgesetzt, daß durch die Einquartierung eine bedeutende Beschränkung des Gebrauchs der gemietheten Wohnung entsteht, auch fällt der Entschädigungsanspruch ganz weg, wenn a) die Einquartierung einen Raum einnimmt, welchen der Miethmann nicht benutzen kann; oder mit den Einquartierten zugleich zu benutzen im Stande ist, z. B. Handwerker; b) wenn die Einquartierung nur einen Tag dauert.

b) Ganz anders verhält es sich mit dem **Pachter**; denn bei Pachtungen kommt die Wohnung fast gar nicht in Betracht; der Pachter wird nicht an der vollen Benutzung der bei derselben befindlichen Güter gehindert, welche doch eigentlich der Gegenstand des Pachtcontracts sind. Er kann sonach der Regel nach keinen Ersatz fordern, ausgenommen alsdann 1) wenn er beweisen kann, daß ihm die Wohnung, welche er zur Einquartierung hat einräumen müssen, zur vollkommenen Benutzung des Guts unentbehrlich gewesen sey; 2) daß er sein Gesinde während der Zeit anders wo habe einmiethen müssen; 3) wenn er für die Wohnung einen besondern Miethzins bezahlen muß.

II. Was die **Einquartierungslast** betrifft, so können die von der Quartierlast angegebenen Grundsätze auf diese nicht angewendet werden, theils nach der Natur der Sache, weil die Einquartierung mit der Verpflegung nicht blos den Raum, sondern hauptsächlich das baare Vermögen des Einquartierten begreift, theils weil aus dem Grunde des verhinderten Gebrauchs der Wohnung, aus welchem die Gesetze den Vermiether zu einem Erlaß an dem Miethgeld verpflichten, noch keinesweges folgt: daß derselbe auch an den Verpflegungskosten Theil zu nehmen schuldig sey, auch die römischen Gesetze keine Entscheidungsnorm enthalten. Daher ist im Allgemeinen anzunehmen, daß die Einquartierungskosten durch eine billige Concurrenz beider Theile auszugleichen seyn. Denn daß die Miethleute sich der Theilnahme an diesen Kosten nicht entziehen können, ist schon darum der Billigkeit gemäß, weil sie als Mitbürger

des Staats und der Gemeinde verbunden sind, die außerordentlichen Staats- und Communalkosten, eben so wie die Hausbesitzer pro rata zu tragen; oft ist es ja der Fall, daß die Miethleute weit mehr Vermögen als die Vermiether besitzen. Wie nun der Maaßstab bei dieser Concurrenz zu bestimmen sey, ist bestritten. Einige sind der Meinung, daß sie zu gleichen Theilen vertheilt werden müsse, als Bodmann, (Erört. d. Grundsätze, wornach Kriegsschaden festzusetzen. §. 50.) Andere nehmen an, daß der Vermiether $\frac{2}{3}$, der Miether $\frac{1}{3}$ zu tragen habe: als Struben, (rechtl. Bed. Th. 1. B. 82. S. 195.) Allein es läßt sich durchaus im Allgemeinen hierüber nichts bestimmen, es muß vielmehr dem Richter überlassen werden, welcher hierbei auf Seiten des Vermiethers: die Größe, den Werth und die Benutzung des Hauses; auf Seiten des Miethers: die Beschaffenheit des Gewerbes und seiner Habseligkeiten; auf Seiten des Pachters: die Größe des Kostenaufwandes im Verhältnisse zu dem Pachtertrage in Erwägung zu ziehen hat.

Hiermit stimmen überein: Böhmer, (Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. in Elect. iur. civil. T. 1. p. 275.) Müller, (ad Struv. Exer. 24. Th. 19.) Winckler, (Abh. von Kriegsschaden. 2te Aufl. Lpz. 1796.) Bodmann, (Erört. d. Grundsätze, wornach die Kriegsschaden jeder Art festzustellen, zu erstatten und zu peräquiren sind. Frankf. 1798.) Hatzfeld, (Prüf. d. Grundsätze, welche üb. Peräquation der Kriegslasten bisher aufgestellt sind. Frankf. 1801.) Eines Ungenannten, Abh. Gedanken üb. die rechtl. Natur des Einquartierungsgeschäfts und dessen zweckmäßige Einrichtung. Lpz. 1807. §. 9. Hagemann, (Landwirthschaftsr. S. 327. n. 6.) Neues jurist. Journal B. 1. S. 520. Glück, (Comment. d. PR. B. 17. §. 1053. Flek, (Bemerk. üb. Vertheilung der Einquartierungslast. Dresden 1815.)

Dagegen nehmen die meisten Rechtsgelehrten an, daß die Einquartierungslast eine Reallast, und sonach der Vermiether oder Verpachter verbunden sey, die Kosten des Quar-

Quartiers und der Verpflegung zu tragen. Carpzov, (Part. 2. const. 37. Def. 15.) Tabor, (de metat. part. 2. c. 3. §. 17.) Berger, (oeconomia iur. Lib. 3. Tit. 5. Th. 23. not. 6.) Lauterbach, (colleg. th. pract. Tit. loc. cond. §. 100.) Pufendorf, (observat. iur. univers. T. 4. obs. 107.) Leyser, (med. ad P. Sp. 661. med. 7.) Cramer, (wetzl. Nebenstunden Th. 82. S. 73.) von Selchow, (Rechtsfälle B. 2. n. 58. S. 244.) Walch, (Introd. in cont. p. 648.) v. Stein, (Diss. Damna per hospitationes militares, vulgo Einquartierungen, conductori illata, a locatore quatenus resarcienda sint? Wirceb. 1797.) Runde, (Gr. d. d. PR. §. 414.) Strelin, (rechtl. kamerl. Abh. üb. Kriegskosten und Kriegsschaden. Frankf. 1799.) Degen, (nähere Entwickelung der Frage über die Concurrenz des Miethmannes eines ganzen Hauses und des Inhabers einer Official-Wohnung zu den Einquartierungskosten. Lüneb. 1808.) Eines Ungenannten, (Abh: Ist der Miethsmann eines ganzen Hauses von den Verpflegungskosten, welche die Einquartierung fremder feindlicher Truppen veranlaßt hat, freizusprechen? Celle 1804.)

Die Vertheidiger dieser Meinung suchen solche zu begründen 1) durch das römische Recht L. 1. 9. c. de metatis et epidemetis L. 3. §. 13. §. 14. D. de munerib. et honor. Ulpian sagt in der L. 3. §. 14. D. de munerib. ganz bestimmt: munus hospitis in domo recipiendi non personae sed patrimonii onus est. Dann lehre Hermogenian L. 2. D. de vacat. et excusat. muner.: sunt munera, quae rei propriae cohaerent, und rechnet zu denselben namentlich hospitis recipiendi munus. Es wäre bei den Römern die Einquartierung eine ordentliche bürgerliche Last gewesen. Nach der Verord. des Arcadius und Honorius L. 2. c. de metatis wäre jeder Besitzer eines eigenen Hauses schuldig, den dritten Theil seiner Wohnung dem Staate zur Beherbergung der Soldaten und Staatsdiener offen zu lassen. Die Einquartierungslast beschränke sich blos auf das Quartier.

Allein in allen diesen Stellen ist nichts von dem Verhältniß des Miethers und Vermiethers in Beziehung auf die Einquartierung bestimmt.

2) Berufen sie sich auf die Natur der Sache, weil ohne Haus keine Einquartierung statt fände, so verstände es sich von selbst, daß die Last auf den Häusern hafte.

3) Die Natur des Miethcontracts bringe es mit sich, daß der Vermiether den Miether in den vollen Genuß der vermietheten Sache setze und ihm allen in dieser Hinsicht durch seine Schuld entstehenden Schaden ersetze.

Noch Andere nehmen an: daß die Einquartierungslast eine gemeinschaftliche Last sey, welche, so lange die Ausgleichung unter allen Staatsbürgern nicht gesetzlich bestimmt sey, wenigstens die Einwohner eines Orts, welchen diese Last trifft, gemeinschaftlich zu tragen hätten; sonach müssen auch Miether und Pachter mit zur Concurrenz gezogen werden. Dieß sey vorzüglich bei feindlichen Einquartierungen der Fall, diese sey ein zufälliges Ereigniß, welches alle Einwohner des Ortes treffe. Die Vertheidiger dieser Meinung sind: Mevius, (P. 2. D. 90.) Vogt, (Diss. de eo, quod iustum et aequum videtur circa metata bellica eorumque onere mixto, vulgo von Einquartierungslast. Mail. 1796.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 1. B. 82. B. 3. B. 87.) Riedesel ab Eisenbach, (Comment. de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione cond. ob calamitates bellicas. Goett. 1760. Cap. 3. §. 1.) Hymmen, (Beitr. z. jurist. Literat. in Pr. St. B. 4. S. 102.) Overbeck, (Meditationen über versch. Rechtmaterien B. 10. med. 492.) Besonders v. Berg, (jurist. Beob. B. 4. n. 1.)

Nur Einige: als Weber, (Ueber Repartition d. Kriegsschaden. Würzburg 1798. § 28. 76.) Schmid, (Ueber Vertheilung der Kriegsschaden und die Einquartierung insbes. Hildburgh. 1808.) Ein Ungenannter, (Ueber den neuesten Standpunkt und das Princip d. jurist. Lehre vom Ersatz der Kriegsschaden. 1806.) sind der Meinung: daß die Einquartierungslast eine solche sey, die den ganzen Staat und nicht die einzelnen Bürger treffe.

Die Einzelnen leisteten blos einen Vorschub und hätten ihren Regreß an den Staat. Kriegsschaden müßten vom Staate den Bürgern ersetzt werden, da jedoch der Staat blos aus einzelnen Individuen bestehe, und jeder sich auf den Schutz und die Vertheidigung gegen Verletzungen von außen verlassen dürfe, so ergebe sich, daß der durch die Einquartierungslast verursachte Aufwand von der Gesammtheit der Bürger wie jeder andere Kriegsschaden, also von Allen im Verhältniß zu ihrem Vermögen getragen werden müsse. Es sey daher ganz unnöthig zu untersuchen: ob die Einquartierungslast eine Reallast sey, indem ja ein Jeder, sey er Hauseigenthümer oder nicht, verhältnißmäßig von seinem Vermögen beitragen müsse. Der Miether müsse dem Vermiether den Miethzins ganz bezahlen, und könne wegen der Einquartierungskosten sich blos an den Staat halten.

Noch Einige betrachten die Einquartierungslast als eine Personallast und verpflichten sonach auch den Miether zur Entrichtung derselben. Grävius, (Diss. de metatis Vit. 1718.) Danz, (Handbuch d. deutsch. PR. §. 414.) Diese Meinung hat schon Leyser, (a. a. O.) noch gründlicher v. Berg, (a. a. O.) widerlegt.

Was noch insbesondere die Verpflegungskosten betrifft, von welchen im römischen Recht nichts vorkommt, so giebt es Einige, welche den Vermiether von der Concurrenz ganz frei sprechen, weil dadurch in dem Gebrauch der Miethe kein Hinderniß entstehe, s. Runde, (rechtl. Grundsätze üb. die Vertheilung der Einquartierungslast. Oldenburg 1808.) Andere als Haus, (Beiträge zur Berichtigung der rechtl. Grundsätze üb. den Ersatz und die Vertheilung der Kriegsschaden. Nürnb. 1801.) unterscheiden: ob die feindlichen Truppen sich selbst einquartierten und Verpflegung verlangten, oder ob von der Ortsobrigkeit die Einquartierung regulirt wurde; in jenem Fall sey dieß eine Verletzung, wofür kein Ersatz gefordert werden könne, in dem letztern Fall sey es aber eine Last der Gemeinde, an welcher jedes Mitglied derselben nach dem Verhältniß des Vermögens im geographischen Umkreise der Gemeinde und

des Vortheils, den es innerhalb ihres intellectuellen Umfangs genieße, seinen Antheil tragen müsse.

Sehr genaue Bestimmungen über die Verpflichtung der Tragung der Einquartierungskosten enthält das Pr. L.R. Th. 1. tit. 20. §. 553. u. s. f. In §. 572. wird bestimmt: daß wenn die Einquartierung über drei Tage dauert, der Pachter die Hälfte von den, zu deren Verpflegung und Beköstigung verwandten Ausgaben vom Verpachter fordern könne.

§. 318. (M. §. 201.)

Der sogenannte eiserne Viehcontract (contractus socidae) ist als ein Pacht- und Societätscontract anzusehen.

Denn einmal wird nach diesem Vertrage vom Eigenthümer des Viehs die Wartung und Pflege des Viehs gegen einen verhältnißmäßigen Antheil an den Jungen überlassen, welche als Pachtvergeltung anzusehen sind, zugleich aber auch ausbedungen, daß er, der Pachter, den zufälligen Schaden übernehmen soll.

Hiermit stimmen überein: Runde, (Grunds. d. d. Privatrechts §. 201.) Brauer, (Erläuterungen 3. S. 623.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere nehmen an: daß es eine locatio, oder colonia partiaria sey, als Schilter, (Prax. iur. rom. exercit. 31. §. 9.) Schweppe, (römisches Privatr. B. 2. §. 433.)

Noch Andere sehen ihn als einen reinen Societätscontract an, (Socida, heißt im Italienischen soviel als Societas) Tabor, (Tr. de iure socidae. Arg. 1646.) Tilemann, (Diss. de contractu socidae, quo vulgo eiserne Schafe oder Kühe constitui dicuntur. Jen. 1672.) Bertram, (Diss. epist. de contr. socidae. Hal. 1774.) von Glück, (Pandectencomm. Th. 17. S. 492.)

Als ein aus Pacht- und Kaufcontract zusammengesetztes Geschäft betrachten es: Heineccius, (Elem. iur. germ. T. 1. Lib. 2. tit. 14. §. 405.) Eisenhart, (Inst. iur. germ. priv. Lib. 3. tit. 9. §. 3.) Hofacker, (Princip. iur. civil. T. 3. §. 1992.) Danz, (Handbuch B. 2. §. 201.) Münter, (Weiderecht §. 307.)

§. 319. (M. §. 201.)

Der Pachter einer Holländereipacht ist nicht Eigenthümer des Vieхes.

Zwischen Holländereipacht und eisernem Viehcontract ist ein wesentlicher Unterschied, denn jener besteht in der Pachtung des Viehes oder natürlicher Früchte, nach Bestimmung eines Inventars, nicht in der Pachtung des Grundstückes selbst, dieser aber ist die Pachtung des Grundstückes mit dem Vieh, welches dem Werth oder Verkauf nach geschätzt ist. *)

*) Beide sind auch im Cod. Napol. art. 1345. 1346. 1831. unterschieden. Malblank, observationes de locat. cond. pecoris speciatim de contractu, qui appellatur Bail a cheptel. Tub. 1818.

Was jenen betrifft so könnte, nach dem Grundsatz: casum sentit dominus, indem der Pachter die Gefahr des verpachteten Viehes übernimmt, angenommen werden, daß er Eigenthümer desselben sey, welcher Meinung auch Thibaut, (Pandectenrecht §. 863.) Boller, (Beitr. über verschiedene Rechtsmaterien N. 5.) v. Glück, (PComm. Th. 17. S. 491.) Danz, (Handbuch B. 2. S. 253.) sind; allein ohnerachtet des taxirten Werthes des vorhandenen Viehes und der übernommenen Gefahr, geht weder das Eigenthum noch der rechtliche Besitz auf den Pachter über, indem durch den Pachtcontract das Eigenthum nicht übertragen wird, und der Anschlag allein wegen der vom Pachter übernommenen Gefahr geschieht, diese aber erst in einem besondern Geding beigefügt wird, woraus deutlich hervorgeht, daß das Eigenthum nicht übertragen wird, weil, wenn solches geschehen wäre, kein besonderes Geding wegen der Gefahr nothwendig gewesen seyn würde. Da nun dieses ist, kann auch 1) der Pachter bei seinem Abzuge das vorhandene Vieh nicht um den taxirten Werth mitnehmen; 2) bricht Concurs über sein Vermögen aus, so kann der Verpachter, vermöge des Absonderungsrechts, alles vorhandene Vieh als sein Eigenthum zurückfordern.

Dieser Meinung sind: Stryck, (Usus mod. Pand. §. 9. tit. loc. cond.) Böhmer, (Diss. select. quaedam

capiti circa locationem, conductionem praed. rustici. C. 1. §. 8.) Gmelin, (Ordnung der Gläubiger K. 1. §. 7. S. 78.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 675. not. 5.)

§. 320. (M. §. 202. not. 2.)

Wegen geringer Thätlichkeiten von Seiten der Herrschaft kann das Gesinde keine gerichtliche Genugthuung verlangen.

1) Wenn gleich das Verhältniß des Gesindes zu der Brodherrschaft mit dem des Herren zu seinen Leibeignen nicht verglichen werden kann, so ist es doch von einer solchen Art, daß nicht eine jede Beleidigung der Herrschaft gegen das Gesinde, so wie unter andern Personen, bestraft werden kann.

2) Daß die Herrschaft das Gesinde habe beleidigen wollen, ist nicht anzunehmen, es ist kein animus iniuriandi zu vermuthen.

3) Das Gesinde ist der Herrschaft Gehorsam und Ehrerbietung schuldig; verletzt es diese Pflichten, reizt es durch seine Widerspenstigkeit die Herrschaft zum Zorn, und geht dieser in eine geringe Thätlichkeit über, so ist, wenn auch der Herrschaft nach den Gesetzen kein Züchtigungsrecht zusteht, solche unstrafbar, auch kann das Gesinde keine gerichtliche Genugthuung fordern.

Hiermit stimmen überein: Kemmerich, (in access. ad Inst. Lib. 1. sect. 2. tit. 4. §. 19. tit. 5. §. 6.) Mevius, (ad ius lubecense P. III. tit. 8. art. 10.) Leyser, (Medit. ad. P. Sp. 546. med. 13. 14.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. Bed. 40.) v. Berg, (Polizeirecht B. VI. S. 283.) Eichhorn, (Einl. §. 328.) Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 97.) s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. V. §. 78.

Das Gegentheil nehmen an: Thomasius, (an actionem iniur. servi nostri et ancillae mercen. si modice castigentur, habeant. Lpz. 1739.) Tittmann, (Handbuch des Strafrechts Th. 2. S. 205.) v. Bülow und Hagemann, (Erört. B. 7. n. 37.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 321. (M. §. 202. n. 3.)
Die Herrschaft ist nicht verbunden, dem Gesinde Lohn und Kost zu geben, wenn es durch anhaltende Krankheit verhindert wird, den Dienst zu verrichten.

Der Lohn wird für die Dienste gegeben; werden diese nicht geleistet, so fällt jener weg. L. 15. §. 6. D. loc. cond. Die Regel leidet nach L. 38. pr. D. loc. cond. die Ausnahme, si per eum, qui operas suas locavit, non stetit, quominus operas praestit, welche hier nicht eintritt, denn warum sollte der blos den Dienstboten treffende Zustand gerade dem Dienstherrn schaden?

Es ist sonach zu unterscheiden: ob die Krankheit eines Dienstboten blos von kurzer Dauer ist, oder eine beträchtliche Zeit hindurch dauert. In jenem Falle kann die Herrschaft den Lohn nicht kürzen: Arg. L. 27. pr. D. loc. cond. wohl aber in dem letztern Falle.

Hiermit stimmen überein: Wernher, (lectis. com. in P. loc. cond. §. 8.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. B. 69.) Overbeck, (Meditationen über verschiedene Rechtsmat. B. 6. m. 342.) Müller, (observ. pract. ad Leys. med. T. II. fasc. 2. ob. 454.

Der entgegengesetzten Meinung ist: Leyser, (Med. ad P. Sp. 212. med. 5.) Hommel, (Rhasp. quaest. for. Vol. II. obs. 331.) Stieglitz, (Prog. famulis aegrotantantibus aut eorum mortuorum heredibus mercedem integram annuam praestandam atque sostrum pro eorum salute solvendum esse. Lpz. 1769.) Walch, (Intrductio in contrv. iur. civil. p. 634.) Kind, (Quaestiones forenses T. II. c. 49. p. 270.) Haubold, (Sächs. PR. §. 99. n. 5.) Die Gründe sind:

1) Wer sich auf eine bestimmte Zeit vermiethet hat, kann auch dann Lohn fordern, wenn er nicht im Stande seyn sollte, die Dienste zu leisten. L. 1. §. 13. D. de extraord. cognition.

2) Wenn ein Advocat verhindert wird, den Prozeß fortzuführen, so kann doch das ihm vorausgezahlte Honorar nicht wieder gefordert werden. L. 1. §. 13. D. de extra. cog. L. ult. cod. de cond. ob caus. dator.

3) Wenn die größte Zeit hindurch die Dienste geleistet worden sind, so kann der Dienstbote, auch wenn er durch Krankheit an der fernern Leistung gehindert wird, den Lohn fordern. L. 4. §. 5. D. de statu liber.

Allein alle diese Gründe sind von wenig Gewicht; die aus dem römischen Rechte allegirten Gesetze berühren eigentlich nicht den vorausgesetzten Fall: wie Struben und Wernher a. a. O. bewiesen haben.

Mit der richtigen Meinung stimmen auch überein: die Bay. Verordn. v. 2ten März 1781. §. 40. 42. Pr. LR. Th. 2. tit. V. §. 92. u. s. f.

§. 322. (M. §. 202. not. 4.)

Die Herrschaft haftet aus Verträgen, welche das Gesinde in ihrem Namen abgeschlossen, nur alsdann, wenn eine specielle Bevollmächtigung von Seiten derselben vorhanden, oder eine versio in rem zu erweisen ist.

Der Regel nach wird die Herrschaft weder durch erlaubte noch unerlaubte Handlungen des Gesindes verpflichtet; geht daher das letztere einen Vertrag im Namen der erstern ein, so kann dieser für die Herrschaft von keiner Verbindlichkeit seyn. Diese Bestimmung leidet aber zwei Ausnahmen:

1) wenn die Herrschaft einen Vertrag genehmigte, oder anzunehmen ist, daß der Dienstbote vielleicht von der Herrschaft bevollmächtigt sey. Dieß ist der Fall:

a) wenn die Herrschaft die Vollmacht ohne Einschränkung ertheilt, auf ihren Namen Waaren abzuholen. Hier kann der Kaufmann den Dienstboten diese Waaren ohne Weiteres verabfolgen lassen, so lange diese Vollmacht nicht zurückgenommen ist;

b) wenn der Dienstbote sich im Besitz des Ablieferungsbuches befindet.

Daraus, daß die Herrschaft öfters die von den Dienstboten auf ihren Namen, auf Credit, entnommenen Waaren, bezahlte, folgt noch nicht, daß der Kaufmann jederzeit berechtigt sey, den Dienstboten Waaren auf Credit zu geben.

2) Wenn keine Vollmacht ertheilt worden, auch nicht rechtlich anzunehmen ist, daß ein Auftrag ertheilt wurde, so haftet die Herrschaft nur ex versione, nur so weit, als sie sich mit dem Schaden des Verkäufers bereichern würde.

Hiermit stimmen überein: Bülow u. Hagemann, (Erört. 1. n. 21. 2. n. 51.) Schunken, (Preuß. Handelsrecht §. 221.) Mittermaier, (a a O.) s. a. Pr. L R. Th. 2. tit. 8 §. 554 u. s. f. Das Gegentheil nehmen zum Theil an: Brunnemann, (Com. ad L. 16. mandati.) Orth, (Anmerkungen zur Frankf. Reformation.)

§. 323. (M. §. 202. n. 5.)

Das Liedlohn hat ein Vorzugsrecht im Concurs, welches ohne Rücksicht der Rückstände dem Dienstboten zukommt, aber dann wegfällt, wenn durch eine neue Verabredung es in eignes Kapital verwandelt wurde.

1) Das Vorzugsrecht des Liedlohns wird gewöhnlich abgeleitet aus dem Sachsenspiegel B. 1. Art. 22. wo es heißt: von deme Erbe sal man allererst gelden deme in gesinde in vordinte lon, als in geburt bis an den tag daz ir Here starb. c)

c) Verdienter Lohn schreiet für Gott im Himmel. Eisenhart, Grundsätze des deutsch. Rechts in Sprüchwörtern n. 54. S. 425.

Hiermit stimmt überein der Schwabenspiegel Kap. 267. §. 3. Wenn nun gleich dieß nicht geschehen kann, und hieraus die allgemeine Gültigkeit nicht abzuleiten ist, so beruht doch dieses Vorrecht auf einer allgemeinen Gewohnheit und ist in vielen Landesgesetzen bestätigt. d)

d) Mainzer Landrecht tit. 22. §. 2. Trier. tit. 13. §. 9. Hamb. Statuten 2. 5. 5. Sächs. P. Or. tit. 42. §. 5. Hohenl. Landrecht p. 214. s. Selchow, Rechtsfälle Th. 2. p. 209. Würtemb. Landrecht. P. 1. tit. 75. Hessisch-casselsche Verordn. v. 1751. cod. iud. bavaric. Cap. xx. Pr. GO. Th. 1. tit. 50. §. 370. Bay. Prioritätsordnung §. 12.

Hiermit stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten überein: Mevius, (ad ius lubec. P. 3. tit. 1. art. 2. n. 56.) Lauterbach, (Coll. th. pract. tit. de privil. cred. §. 30.) Pufendorf, (Observ. P. 1. ob. 104. p. 239.) Riccius, (spicileg. p. 130.) Böhmer, (de iure mer-

cedis opificum in concursu creditorum. Goett. 1753. §. 15.) v. Selchow, (Elem. iur. civil. §. 596.) Hofacker, (Princip. iur. civil. Tom. III. §. 4617.) Runde, (deutsch. PR. §. 200.) Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 99. n. 4.)

Mehrere Fragen aber sind bestritten:

1) Ob der Dienstbote den Rückstand mehrere Jahre fordern könne? nach gemeinem Recht ist diese zu bejahen. Pufendorf, (a. a. O. 104. S. 286.) Verneinend beantwortet sie Berger, (El. Diss. for. p. 388.) Ludovici, (Einl. zum Concursprozeß c. 10. §. 19.) Die Landesgesetze enthalten meistentheils Beschränkungen.

2) Ob der Lohn alsdann verlangt werden könne, wenn der Dienstbote zur Zeit des Concurses nicht mehr im Dienste der Herrschaft gewesen? bejaht Pufendorf, (a. a. O. (Ob. 104. p. 239. §. 2. Ob. 705.) Cramer, (Obs. iur. 1011.) s. a. Hahn zu Wesenbeck, (tit. qui pot. in pig. n. 3.) Lauterbach, (Coll. th. P. tit. de priv. cred. §. 30.)

3) Ob die Forderung erloschen sey, wenn der Rückstand des Lohns als Capital ihm verzinset worden? Mehrere bejahen diese Frage aus dem Grunde, weil alsdann das Liedlohn in ein Darlehn verwandelt worden, arg. L. 7. §. 2. Dep. Moegling, (de favore dubio usurarum in conc. cred. quaest. 3.) Balthasar, (de classif. cred. p. 34.) Hofmann, (deutsche Reichspraxis §. 1271.) Cramer, (obs. iur. 1011.) Hofacker, (a. a. O.) Gmelin, (Concurs der Gläubiger S. 102.) Allein mit Recht verneinen Andere: als Pufendorf, (a. a. O. obs. CIV. §. 5.) Riccius, (a. a. O. S. 130.) Mittermaier, (a. a. O.) denn eine Novatio kann nicht vermuthet werden, auch dauert die causa debiti fort, womit das Privilegium verbunden ist. Nur alsdann, wenn die causa debiti geändert würde, und ausdrücklich bestimmt worden, daß nun das Miethgeld in ein Darlehn verwandelt sey, würde das Gegentheil statt finden.

4) Ob ein Dienstbote auf dieses Vorrecht in Rücksicht des Lohns auch alsdann einen Anspruch zu machen berechtigt sey, wenn er blos Kostgeld erhalten und bei seiner Herrschaft nicht gewohnt habe? Mehrere verneinen diese Frage, als: Carpzov, (P. 1. const. 28. Def. 28.) Mevius, (ad ius lubec. P. III. tit. 1. art. 11. n. 63.) Leyser, (Spec. 484. const. 2.) Zur Unterstützung wird angeführt: das Vorzugsrecht setzt voraus, daß der Dienstbote in Kost und Lohn gestanden; Bedienten, welche Salarien haben, genießen dieses Vorrecht eben so wenig wie Factore, welche außer dem Hause wohnen und sich selbst verköstigen. Allein mit Recht bejahen Andere solche: als: Richter, (de privilegiis credit c. 2. membr. 3. n. 2.) Brunnemann, (de concursu cred. Cap. 5. §. 16.) Ludovici, (Einl. z. Concurs-Prozeß Kap. 10. §. 17.) Wernher, (Part. III. 1 — 29.) Pufendorf, (P. I. obs. 104. §. 4. obs. 105. §. 2.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. B. 105.) Denn es ist ganz gleichgültig, ob der Dienstbote die Beköstigung in Natura oder an Gelde erhalte, auch ob derselbe bei der Herrschaft gewohnt habe, oder nicht. Das Famulitium besteht vorzüglich darin, wie Pufendorf a. a. O. bemerkt, daß sich Jemand verbindlich macht, einem Herrn alle Dienste zu leisten, wozu er nach seinem Stande tüchtig ist. Eine ganz andere Bewandtniß hat es mit einem Factor, welchem nur gewisse Geschäfte gegen eine bedungene Belohnung aufgetragen und der bei mehrern Kaufleuten zugleich arbeitet.

§. 324. (M. §. 202. n. 6)

Wer freien will, muß ausdienen.

Wenn es gleich in gewissen Fällen sehr unbillig scheint, daß der Dienstbote oder die Magd, welche sich vortheilhaft verheirathen kann, nicht sogleich den Dienst verlassen darf, so würde es auf der andern Seite eben so unbillig seyn, wenn die Herrschaft auf diese Art den Dienstboten verlieren soll. Der Dienstvertrag ist ein wechselseitiger Ver-

trag und kann einseitig, der Regel nach, nicht aufgehoben werden.

Hiermit stimmen überein: Estor, (in der bürgerl. Rechtsgelahrth. §. 4439.) Hertius, (Lib. 1. paroem. 47.) v. Kreitmayr, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4. Kap. 6. §. 18. n. 4. S. 376.) Dorn, (ausf. Abh. des Gesinderechts S. 455.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Bayr. Polizeiordn. L. 4. tit. 12. §. 7.

Das Gegentheil aber ist in den meisten Gesetzen bestimmt. In Statuten v. Hamburg v. 1270. v. Stade, (P. VIII. art. 3.) Lübeck, 1. T. 4. art. 5. Rostock III. 8. tit. n. 7. Bay. Ehehaltungsordn. v. 1761 §. 3. Pr. LR. Th. 2. tit. 5. §. 146. wo es heißt: „wenn der Dienstbote durch Heirath oder auf andere Art, zur Anstellung einer eigenen Wirthschaft vortheilhafte Gelegenheit erhält, die er durch Ausdauerung der Miethzeit versäumen müßte.“

§. 325. (M. §. 203.)

Der, welcher sich als Selbstschuldner und Zahler verpflichtet, verliert die Rechtswohlthat der Excussion.

Denn 1) derjenige, der auf diese Rechtswohlthat verzichtet, kann nicht mehr als Bürge angesehen werden, sondern ist dem Hauptschuldner gleich. 2) Die Verzichtleistung würde ja ganz unnütz seyn, wenn man das Gegentheil annehmen will; 3) durch diese Verzichtleistung soll er von andern Bürgen unterschieden werden, für den Gläubiger eine größere Sicherheit entstehen, welches alles nicht bewirkt werden würde, wenn man den Verzichtenden dennoch diese Exception gestatten wollte. 4) Ist die Meinung durch den Gerichtsgebrauch bestätigt. Nach dem Zeugniß Gails, (L. 2. obs. 28. n. 6.) hat das Reichskammergericht immer hiernach entschieden. Uebrigens bleibt zwischen dem, welcher sich als Hauptschuldner verpflichtet und auf die exceptio ordinis verzichtet, und einem Expromissor noch ein wesentlicher Unterschied. Hommel, (Rhaps. obs. 690.)

Hiermit stimmen überein: Meier, (coll. argentorat. Lib. XLVI. tit. 1. §. 19.) Zangen, (de except. Part. II. c. 16. n. 13.) Coler, (de proc. execut. c. 10. n. 103.) Curtius, (IV. Coniect. 13. in Otto Thes. Tom. V. p. 258.) Harprecht, (ad §. 4. J. de fidei. n. 30.) Hering, (de fideiuss. Cap. 27. P. I. n. 84.) Mevius, (P. 1. Dec. 229. und P. IV. Dec. 104. P. IX. D. 186.) Gundling, (de benefic. excussionis C. 5. §. 4.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 1640.) Cannegieser, (dec. X. dec. 258. p. 68.) Schmid, (de fideiuss. princ. obligato §. 30 — 36.) v. Kreitmayr, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 4. K. 10. §. 9. n. 3.) Griesinger, (Comment. über das venet. LR. Th. 1. §. 73. S. 170.) Thibaut, (System des PR. §. 950.) Wening-Ingelheim, (Civilrecht II. §. 360.) Mittermaier, (a. a. O.) Auch haben mehrere Landesgesetze das aufgenommen. Wormser Reformat. v. 1495. Bd. 5. Th. 3. tit. 1. Baierisch. Landrecht Th. 4. K. 10. §. 11. Würtemberg. LR. 2. Tit. 5. §. 2. Nürnb. Reformation. Lochner, (de fideiuss. praes. ex legib. Norimb. Alt. 1786. §. 20.) Const. Sax. P. II. Const. 18. Haubold, (Sächs. Privatr. §. 298.) Die Statuten von Hamburg II. tit. 6. §. 7. Amberg fol. 46. Nassauer Weisth. 1. S. 136.

Das Gegentheil wird von sehr vielen vertheidigt, von welchen hier nur zu erwähnen: Fabri, (in cod. def. for. lib. VIII. tit. 27. def. 31.) Wernher, (select. obs. for. P. IV. ob. 26.) Pufendorf, (P. II. obs. n. 77.) Schön, (Syst. iur. civil. Lib. XLVI. tit. 1. §. 13) Sommer, (D. de fideiuss. benef. ordinis non gaudentibus. Vit. 1715.) Orth, (Anmerk. z. Frankf. Reformation B. 2. S. 305.) Schaab, (de fideiussore, qui ut debitorem principalem se obligavit, beneficio ord. gaudente. Mog. 1786.) Cramer, (wetzl. Nebenstunden. P. 70. n. 3. §. 1.) Pütter, (Rechtsfälle Th. 3. Bed. 80.) Walch, (Introd. in controv. iur. civil. p. 570.) s. a. Frankf. Reform. Th. 2. tit. 16. §. 7. Pfälzs. Landrecht Th. 2. tit. 15. §. 3. Landrecht d. Herz. Preußen Th. 4. tit. 13. art. 2. §. 2.

Die Gründe, durch welche solches unterstützt werden soll, sind folgende: 1) Eine jede Verzichtleistung sey streng auszulegen, auch nicht zu vermuthen, daß der Bürge wirklich die Absicht gehabt, auf diese Art sich verbindlich zu machen. 2) Wenn keine Novation vorgegangen, wodurch sich der Bürge wie der Hauptschuldner verpflichtet, so werde letzterer durchaus nicht befreit; die Wirkung der Verzichtleistung könne blos darin bestehen, daß der Bürge als ein correus zu betrachten sey und als solchem stehe ihm das beneficium excussionis immer noch zu. 3) Der Grund, warum Justinian das beneficium eingeführt habe, sey blos der, daß der Bürge nicht eher in rechtlichen Anspruch genommen werde, so lange noch von dem Schuldner die Zahlung zu erlangen wäre, dieß sey aber auch hier. 4) Müsse dem Staat daran liegen, daß die Prozesse verringert würden, dieß würde aber alsdann nicht der Fall seyn, wenn der Bürge zuerst bezahlen müßte, indem er alsdann mit dem Schuldner in Streit verwickelt werden würde. 5) Sey die Auslegung gegen den zu machen, der sich hätte deutlicher ausdrücken sollen, daher hätte der Gläubiger darauf dringen sollen, damit er alsdann aus der Verzichtleistung sein Recht hätte verfolgen können: dieß ergebe sich aus der L. 99. D. de V. O. 6) Was von der Bürgschaft als einer accessorischen Verbindlichkeit gelte, dieß müsse auch von der Bürgschaft gelten, wo der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet habe. 7) Sey es eine bekannte Regel der Interpretation, daß da, wo von Verbindlichkeiten die Rede sey, die strengste Auslegung eintreten müsse, eine gelindere bei Befreiungen, wie aus der L. 47. D. de oblig. et act. L. 99. D. de V. O. sich ergebe. So Walch. Es hätte noch das, was Griesinger a. a. O. bemerkt, hinzugefügt werden können: daß Justinian in Nov. 99. c. 1., dann in der Auth. hoc ita. C. de duob. reis verordnet, wenn zwei Correi, welche wechselsweise für einander Bürgschaft leisten, auch dann, wenn sie sich in solidum verpflichtet hätten, doch nur pro rata belangt werden können, wenn der andere gegenwärtig und zu bezahlen im Stande ist; dadurch räume Justinian dem correus, der seinem Begriff nach Selbst-

schuldner ist, das beneficium excussionis ein, und man könne sonach hieraus ersehen, daß auch nach dem neuesten justinianischen Recht ein Bürge Selbstschuldner seyn, und doch die Wohlthat der Excussion gebrauchen könne. Die beste Erklärung hierüber enthält: Hugo Donellus, (Com. ad Tit. C. de duob. reis Cap, 13. n. 2.)

§. 326. (M. §. 203. n. 1.)

Nach gemeinem Recht geht die Bürgschaft auf die Erben über.

Wenn gleich nach Lex burgund. Tit. 82. Leg. Norim. (in Ludwig rel. MS. T. VII. p. 264.) und sächs. Weichbild Art. 117, (wo es heißt: wo auch ein Mann Bürge wird, stirbt er, seine Kinder dürfen vor ihn nicht gelten.) die Bürgschaft als eine bloße persönliche Verbindlichkeit anzusehen ist, so hat sich doch dieß in der Folge geändert, und nur in wenigen Statuten ist jener Grundsatz aufgenommen: als in den Statuten von Hildesheim art. 69. Stadtrecht von Leobschütz, (in dipl. Beitr. zur Untersuchung schles. Rechte Th. 2. S. 16.) Hannöverisch. v. 1203. Erfurter, Mühlhauser III. art. 67. c. 1. Auch in München, woran aber selbst Schmid (in Comment. ad iur. prov. Tit. 14. art. 3. n. 2.) zweifelt, nach dem Sächs. R. (Const. 20. P. II. eine Kritik derselben in Bachovii Disput. ad Treutlerum Vol. II. p. 457.) geht die Bürgschaft nach des Bürgen Tode auf dessen Erben nicht über, wenn der Hauptschuldner auf den in der Person des Bürgen eintretenden Todesfall einen andern Bürgen statt des Verstorbenen zu stellen versprochen hat.

Jene richtige Meinung vertheidigen: v. Kreitmayr, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4. Kap. 10. §. 16.) Estor, deutsch. Rechtsgelahrtheit. §. 4100.) Leyser, (Med. Sp. 520. §. 13.)

Das Gegentheil nehmen an: Manzel, (de nexu hered. ex fideiuss. Rost. 1735.) Schmid, (de fideiussore plane non obligato, p. 112. not m.) Weiske, (S. d. PR. S. 111.) v. Sydow, (Erbrecht nach dem Sachsenspiegel S. 361.) Gaupp, (Miscellanien d. deutsch.

R. S. 96.) s. a. die Rec. d. Eichhorn Einl. in der allg. Literaturzeitung 1831. n. 11.

§. 327. (M. §. 203. n. 3. b.)

Zur Entsagung der weiblichen Rechtswohlthaten bei Bürgschaften ist die Certioration erforderlich.

1) Ein Verzicht auf ein dem Entsagenden unbekanntes Recht ist ohne rechtliche Wirkung, (L. 19. §. ult. D. de inof. test. L. 22. §. 2. C. de furtis.)

1) Die Belehrung über die den Weibern zustehenden Rechtswohlthaten ist um so nothwendiger, da Mangel an Rechtskenntniß bei dem weiblichen Geschlecht zu vermuthen ist, (L. 9. D. de iuris et fact ignor.) Dieser Satz leidet nur dann eine Ausnahme, wenn ein Weib schon früher von den ihr zustehenden Rechtswohlthaten unterrichtet worden ist.

Hiermit stimmen überein: Voet, (Com. ad P. Tit. ad Sc. Vellej. §. 10.) Hommel, (Rhaps. suppl. Lips. 1754. Obs. 598.) Pufendorf, (obs. T. 1. ob. 43. §. 3.) Hymen, (Beitr. z. jurist. Lit. B. 3. S. 47.) Griesinger, (Comment. über d. würt. LR. Th. 4. S. 1163. n. g.) v. Glück, (P. Com. Th. 15. S. 40.) s. a. Cod. Max. bav. Th. 1. Kap. 6. §. 34. Pr. LR. Th. 2. tit. 14. §. 215. u. Th. 2. tit. 1. §. 344.

Mehrere Rechtsgelehrte behaupten dagegen, daß wenn die Verzichtleistung eidlich bestärkt worden sey, eine solche Certioration nicht erfordert werde, denn durch den Eid werde diese ergänzt und durch denselben das Geschäft verstärkt. Gail, (Lib. II. obs. 77. n. 7.) Hering, (de fideiuss. cap. VII. n. 507.) Struve, (Exercit. XXI. th. 10.) Zangen, (de exceptionib. Part. III. C. 2. n. 163.) Gudäus, (de contract. stipul. C. VII. concl. XVI.) Malblanc, (de iurejurando §. 118.) Weber, (über die nat. Verbindlichkeit. §. 123.)

Allein aus den oben angegebenen Gründen, und da der Eid keinem Vertrage größere Kraft ertheilt, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen, nehmen bewährte Rechtsgelehrte das Gegentheil an: Böhmer, (D. de effica-

ci

ci mulierum intercessione C. 2. §. 19.) Stryck, (Diss. de certioratione iur. renunciandor. C. 3. n. 15.) Leyser, (Med. ad P. Vol. III. Sp. 170. med. 3.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 2. B. 76. §. 2.) Gmelin, (von Aufsätzen über Verträge §. 69. S. 142.) Engelbrecht, (Diss. de renunciatione Sc. Vellej. C. 2. §. 8.) Eminghaus, (ad Cocceii ius controv. T. ad Sc. Vellei. Q. 12. n. 1.) Walch, (introd. in controv. iur. civil. p. 558.) Hofacker, (Prin. iur civil. T. III. §. 441.) [e])

e) Griesinger in Com. IV. S. 1168. sagt: „Er sey der Meinung, daß wenn man einmal annehme, daß den weiblichen Freiheiten mit Wirkung eidlich entsagt werden könne, nach den richtigen Grundsätzen es schon hinreichend seyn sollte, wenn die Frau, ohne vorhergehende Verständigung, nur im Allgemeinen den Rechtswohlthaten, die ihr zustehen, um die Intercession für ihren Mann mit der Zeit für ungültig und unverbindlich zu erklären, entsagte: denn die Frau entsagte hier offenbar in der That selbst, wenn auch gleich nicht dem Namen nach, der auth. si qua mulier. Und wozu sollte hier noch eine besondere Verständigung nöthig seyn, da die Frau durch diese nicht mehr erfahren konnte, und zu erfahren nöthig hatte, als sie, wie aus einer allgemeinen Entsagung erhellt, bereits weiß? Dieß ist so wahr und ausgemacht, daß derjenige ein großer Schwachkopf seyn müßte, welcher an der Richtigkeit meiner Behauptung nur entfernt zweifeln wollte" (Ich bedaure recht sehr die vorher Genannten, welche das Gegentheil angenommen haben.)

Andere nehmen an: daß wenn die Verzichtleistung in einem gerichtlichen Instrument erfolgte, die Certioration unnöthig sey. Cocceji, (ius controv. T. ad S. C. Vellei. q. 14.) Pufendorf, (T. II. obs. 159.) Hofacker, (a. a. O. T. III. §. 4144.) Griesinger, (a. a. O. S. 1165.) Das Gegentheil nehmen an: Berger, (oec. iur. Lib. III. tit. 5. Th. 8. n. 8.) Madihn, (Princip. jur. rom. §. 290.)

§. 328.

Die eidliche Entsagung der Rechtswohlthaten ist nur bei der Bürgschaft der Ehefrauen nothwendig.

Einige Rechtslehrer sind der Meinung, daß die Entsagung der weiblichen Rechtswohlthaten überhaupt ohne Eid erfolgen könne. Voet, (Com. ad P. tit. ad Sc. Vellei. §. 10.) Böhmer, (Diss. de effic. mulier. intercess. Cap. II. §. 19. Cap. III. §. 8.) Röslin, (von be-

sondern weiblichen Rechten Th. 2. § 77.) Gmelin, (von Aufsätzen über Verträge §. 90. S 195.) Höpfner, (Comment. über die Institutionen § 838 n. 4.)

Andere halten sie nur in dem Falle für nothwendig, wenn die Verzichtleistung in einem außergerichtlichen Instrument erfolgte: Madihn, (Princip. iuris röm. §. 290 sich auf das c. 28. X. de iurei. berufend). Noch Andere in allen Fällen: v. Cramer, (Wetzl. Nebenstunden Th. 101 u. 110) Dabelow, (Handb. d. röm. PR. §. 1246.)

Mehrere, als Schilter, (Prax. iur. rom. Exerc. XXVIII. §. 11.) Stryck, (Caut. contr. Sect. II. c. 6. §. 4.) Leyser, (Med. ad. P. Sp. 172. Med. 1. 2.) Schaumburg, (Comp. iur. D. T. ad Sc. Vellei. §. 8.) Malblanc, (Doct. de iurei. §. 117.) Hofacker, (a. a. O.) und Glück, (P. Com. Th. 15. S. 47.) behaupten, daß die Entsagung des S. C. Velleiani auch ohne Eid geschehen, die Entsagung der Authentica aber nur eidlich. Diese Meinung ist auch die richtige, denn daß die eidliche Entsagung des S. C. Vellejani dann unnöthig ist, wenn die Frau die Bürgschaft für einen Fremden übernimmt, hat Walch, (int. in controv. p. 558.) hinlänglich erwiesen. Nach mehrern Particulair-Gesetzen ist aber die eidliche Entsagung unnöthig, gerichtliche Aufnahme und Zuziehung des Geschlechtsvormundes oder rechtskundigen Beistandes wird blos erfordet: als nach dem würtemb. Landrecht Th. 2. tit. 29. §. 2. Cod. Max. bav. T. I. Cap. 6. §. 34. Pr. LR. Th. 2. tit. 1. §. 341. Sächs. Verordn. v. 6ten Nov. 1828. §. 1. 2. 3. Haubold, (Sächs. PR. §. 299. b)

Anmerk. Von dem in §. 204. d. M. enthlatenen Verlagsvertrag wird im VIII. Bde II. Unterabth. im Handelsrecht, gehandelt.

§. 329. (M. §. 205.)

Nach dem gemeinen Recht entsteht aus der Wette eine klagbare Verbindlichkeit, wenn sie die gehörigen Erfordernisse hat.

Mehrere Rechtsgelehrte, als: Wissenbach, (Exercit. ad Pand. Disp. XXIII. §. 18.) Voet, (Com. ad P. Tit. de aleatorib. §. 8.) Stryck, (Usus mod. Pand.

Tit. de aleat. §. 21.) v. Rebniß, (D. de sponsionibus iure naturali et civili illicit. Vit. 1717.) sind zwar der Meinung, daß die Wetten nach dem römischen Recht eben so wie die Spiele zu beurtheilen, und daher nur in den Fällen für erlaubt zu halten, wo das römische Recht die Spiele erlaubt. Allein diese Meinung ist schon hinlänglich widerlegt von Leyser, (Med. ad P. Sp. 217. med. 1.) Reinhard, (D. de sponsionibus. Erf. 1734. §. 9.) Geb. Overbeck, (Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien.) Bd. 2. m. 71.) Weber, (über die nat. Verbindlichkeit §. 65. not. 2.) Hofacker, (Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2073.) Thibaut, (System der PR Bd. 2. §. 917) v. Glück, (a. a. O. Th. 11. §. 760.) Es ist sonach zu unterscheiden: ob die Wette bei einem Spiel angestellt ist, oder außer demselben, in jenem Fall wird die Gültigkeit nach dem Spiele beurtheilt, und es findet die Bestimmung der L. 3. D. de aleat. Anwendung, im letztern Falle ist sie als gültig überhaupt anzusehen.

Die Particulair-Gesetze enthalten hierüber verschiedene Bestimmungen. Nach dem Cod. Max. bav. Th. 4. K. 12. §. 6. ist die Wette überhaupt gültig, unter den in diesem §. angegebenen Voraussetzungen; s. a. Frankf. Reformation Th. 2. tit. 26. §. 1. 2. Württ. LR. Th. 2. tit. 24. Nach dem sächs. Mandat: wegen der Hazard und anderen hohen Spiele, auch der darüber angestellten Wetten v. 26sten Dec. 1766. C. C. A. 1. 918.) sind alle diese Schulden ungültig. [f]) Nach dem Pr. LR. Th. 1. tit. XI. §. 579. muß der Wettpreis baar gesetzt seyn; s. a. Oester. Gesetzb. §. 1270. Nach Cod. Napol. Art. 1965 sind sie aber unklagbar. Das sogenannte Pariren, wenn es auch bei erlaubtem Spiele geschieht, ist dem Hazardspiel gleich. Pr. LR. II. XX. §. 1302.

f) Zachariä, (Annalen B. 2. S. 159 — 178.) Ob die angeführte Verordnung auch auf Wetten zu beziehen, welche nicht bei dem Spiel angestellt sind, ist zweifelhaft. Frieesleben, (Diss. de sponsionibus earumque in iure Saxonico obligatione. Lips. 1822. C. 1. §. 4. 5. C. 2. §. 4.) Nach dem Gerichtsgebrauch ist die verneinende Meinung angenommen. Haubold, (a. a. O. §. 295.)

Nur wird bei der Klagbarkeit der Wette vorausgesetzt, daß sie die gehörigen Erfordernisse habe; außer den zur Gültigkeit eines Vertrags überhaupt gehörigen, ist es insbesondere nothwendig, daß der Gegenstand nichts Unerlaubtes und Schändliches enthalte. Daß aber, wie

1) von Mehrern behauptet wird, die Summe mäßig seyn müsse, s. Herbaius, (lib. sing. rer. quotidian. C. 2.) v. Sande, (Deciss. aur. Lib. III. tit. 9. Definit. 1.) und Carpzov, (P. II. const. XIX. def. 18. n. 15.) ist nicht allgemeinen, sondern blos particulair Rechtens. Da aber unmäßige Wetten eben so verderblich und nachtheilig sind, als die Glücksspiele, so ist nach der Praxis angenommen, daß der Richter die Summe zu moderiren befugt, ja verpflichtet sey, wenn sie für den Verlierenden zu groß und beträchtlich ist. Leyser, (Med. ad P. Sp. 127. med. 7.) Berger, (Oeconom. iur. Lib. III. tit. 3. th. 6. n. 3.) Mevius, (Com. ad ius. lubec. Lib. III. tit. 9. art. 3. n. 41.) Orth, (Anmerk. z. Frankf. Reformation B. 2. S. 603.) Griesinger, (a. a. O. S. 1072.) So viel ist übrigens gewiß, daß keine Gleichheit der gegenseitigen Leistungen erfordert werde, sondern der eine Wettende ungleich mehr als der andere setzen könne. Hofacker, (Princip. iur. civil. T. III. §. 2074.)

2) Ist es nicht anzunehmen, daß zur Gültigkeit der Wette erfordert werde, daß die streitige Behauptung für jeden Theil ungewiß sey; denn eine Wette ist auch dann gültig, wenn der eine den Umstand gewiß weiß, der andere aber nach dieser Erklärung dennoch die Wette eingeht, indem hier kein Betrug vorhanden ist.

Hiermit stimmen überein: Pet. Pantoja de Ajala, (ad L. 3. D. de aleator. n. 17. in Otto, Thes. T. IV. p. 994.) Horn, (Cl. XI. Reps. 12.) Berger, (oecon. for. L. 3. T. 3. th. 6. n. 3.) Strauch, (Diss. de spons. C. 4. §. 12.) Titius, (ius privat. germ. L. IV. C. 15. §. 14.) Hymen, (Beitr. B. 2. n. 4. S. 70. der einen sehr schönen Rechtsfall mittheilt.) Griesinger, (a. a. O. S. 1068.) v. Kreitmeier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4.

Kap. 12. §. 6.) s. a. Codex Max. Th. 4. Kap. 12. §. 6. n. 4.)

Das Gegentheil nehmen an: Hellfeld, (Iurispr. for. §. 750.) v. Selchow, (Elem. iur. priv. germ. hod. §. 477.) Dabelow, (System d. Civilrechts §. 2518.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 211.) Danz, (Handb. Th. 2. §. 211.)

§. 330. (M. §. 206.)

Beim Spielvertrage sind die Grundsätze des römischen Rechts in Ermangelung der Particulair-Gesetze zur Anwendung zu bringen.

Bei der Frage: ob aus Spielverträgen eine Klage entspringe, ist zu unterscheiden, ob die Particulär-Gesetze im Betreff des Spiels eine Entscheidungsnorm enthalten oder nicht. In jenem Fall, wenn diese Verordnungen nur gewisse Spiele als unerlaubte bezeichnen, sind die nicht-benannten als erlaubte anzusehen, doch müssen die rechtlichen Folgen nach dem gemeinen Recht beurtheilt werden. Wenn die Bestimmungen der Particulair-Gesetze an sich erlaubte Spiele betreffen, aber eine gewisse Summe bestimmen, um welche gespielt werden kann, so kann, wenn die Gesetze beobachtet werden, das Gewonnene nicht zurückgefordert werden, auch das Schuldiggebliebene gefordert werden. g)

g) Schaumburg, (Comp. iuris Dig. F. de abeat. §. 4.) Götz, (Beiträge zu der populären Rechtsgelehrs. B. 2. n. XI. §. 8.) Danz, (Handbuch des d. PR, B. 2. §. 211.)

Enthalten aber die Particulär-Gesetze keine Bestimmungen, so müssen die römischen Gesetze zur Entscheidung gebraucht werden, nach welchen die Spielverträge nichtig sind, so daß, was im Spiel verloren worden, nicht nur nicht gefordert, sondern sogar, wenn es schon bezahlt ist, selbst von dem Verlierer unbedingt zurückgefordert werden kann. (L. 3. C. de aleatoribus.)

Daß das römische Recht in dem vorausgesetzten Falle wirklich anzuwenden sey, ist aus folgenden Gründen anzunehmen; denn

1) ist solches recipirt, und die Ausnahmen, welche

wegen der Nichtanwendung desselben statt haben, finden hier keinen Platz;

2) es sind keine derogirenden allgemeinen Gesetze noch Gewohnheiten vorhanden.

Denn wenn gleich Tacitus (de morib. germ. C. 24.*) bemerkt, daß die alten Germanen große Liebhaber von Spielen gewesen, und die Reuter- und Fußbestellung Art. 211. bestimmt: „Es soll auch keiner — weiter denn er baar Geld hat spielen — Wo aber einer dem andern viel oder wenig auf Borg abgewinne, soll ihm der andere nichts daraub zu zahlen schuldig seyn;" und der Sachsenspiegel Lib. 1 art. 6.: „Dube noch roub noch topelspiel en ist her pflichtig zu geldene;" dann das alte Lehnrecht, (welches im Archiv zu Görlitz von Lauhn aufgefunden. s. Zepernick Miscellanen z. LR. Th. 1. n. 1.) wo es in C. 46. heißt: Swelih gelt vor goldin wirt nach des mannis tode, daz ne hei zit durch recht nicht ein erbe iz ne sulm durch recht ne heine erbin geldin der tode dube noch wenn roub, noch spilis gewinnunge — so finden doch diese Verordnungen keine Anwendung. Man ersieht jedoch hieraus, daß gegen den Erben des Verlierenden keine Klage statt habe, da die Spielschuld gleichsam mit einem Makel belegt war. Nach dem Sächs. Weichbild Art. 101. findet aus dem Spiel keine Klage statt. „Ein jeglich Mann soll vergoltener Schuld beweisen auf den Heyligen (nach todter Hand) soll siebend. Beklagt jemand den andern umb ein Geld, er soll benennen vor dem Richter, warumb man ihn das schuldig sey. Wenn es ist umb Spiel, da darff er ihm nicht umb antworten noch der Richter auch nicht richten."

*) Aleam sobrii inter seria exercebant tanta lucrandi perdendive lementato, ex cum omnia defecissent extremo et novissimo jactio de libertate et corpore contenderint. Victus voluntariam servitutem adibat, quamvis junior, quamvis robustior alligari se ac venire patiebatur. Ex in re prava erat pervicacia, quam ipsi fidem vocabant.

3) Sind die Vorschriften, worauf das römische Recht beruhe, von der Schädlichkeit des Spieles hergenommen, *) und daher auch noch jetzt fortdauernd, weil wohl Niemand

behaupten wird, daß die Spielsucht heutiges Tages weniger Unheil nach sich ziehe, als zu den Zeiten des römischen Gesetzgebers.

*) Ludus enim genuit trepidum certamen et iram: Ira truces inimicitias, et funebre bellum. Horat. Lib. I. ep. 19.

Hiermit stimmen überein: Leyser, (Med. ad P. Sp. 126. med. 3.) Wernher, (select. observ. for. T. II. P. IX. obs. 214.) Berger, (Elect. Disp. for. suppl. P. 1. p. 55.) Langguth, (de usu condict. lusu perditi Lpz. 1762.) v. Böhmer, (nov. ius controv. T. 1. obs. 5.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. B. 131. Th. 5. B. 9.) Böhmer, (auserles. Rechtsfälle B. 2. Dec. 100.) Götz, (Beiträge zur popul. Rechtsgel. B. 2. n. XI.) Weber, (über die natürl. Verbindlichkeit. §. 65. not. 1. S. 232.) Thibaut, (System des PR. B. 2. §. 916.) Hofacker, (Princip. iur. civil. T. III. §. 2071.)

Andere dagegen, als: Schöpfer, (Synops. Pand. Tit. de aleatoribus n. 19.) Bayer, (Delineat. Dig. Tit. de aleat.) sind der Meinung, daß das römische Recht darum in dieser Lehre keine Anwendung finde, weil ganz andere Verhältnisse und Einrichtungen bei uns statt fänden, als bei den Römern.

Noch Andere: Carpzov, (Resp. iur. Lib. VI. Res. 96. n. 15.) Lauterbach, (theor. pract. Pand. T. de aleat. §. 19.) Böhmer, (ius Dig. T. de aleat. §. 7.) Danz, (Handbuch d. deutsch PR. B. 2. §. 211.) Glück, (Pandecten Com. B. XI. S. 344.) Sachse, (Handb. des sächs. Rechts S. 400.) Halem, (Oldenburg. Privatrecht Th. 1. S. 180.) nehmen an: daß zwar aus dem Spiel keine Klage entspringe, aber das im Spiel Verlorene nicht wieder gefordert werden könne.

Endlich sind Einige der Meinung, daß eine Spielschuld klagbar sey, wenn der Verspielende freie Verfügung über sein Vermögen gehabt, nicht über 500 Ducaten verloren, noch seine Kinder in Pflichttheil verlegt worden, noch sich selbst an seinem Vermögen geschadet. Struck, (Usus Mod. Pand. T. de aleat. §. 9.) Ludovici, (Doct. Pandect. Tit. de aleat. §. 4.) Schaumburg, (Corp. iur.

Dig. Tit. de aleat. §. 3.) Hofacker, (Princ. . civil. T. III. §. 2071.) fügt noch hinzu: Attamen praxis genio Germanorum aleae non minus ac fidei et honoris amantissimorum, indulgens admittit exactionem lucri lusorii a) si post intervallum transactio acceserit b) si promissio de solvendo eo, quod perditum est, post intervallum sit reiterata. Allein diese Meinung läßt sich mit dem bekannten Satz nicht wohl vereinigen, daß keine wiederholte Zusage oder Genehmigung Jemandem ein Recht geben kann, auf die Erfüllung eines Geschäfts zu dringen, welches gegen die Vorschriften verbietender Gesetze eingegangen und eben darum ganz ungültig ist. Es ist daher ganz evident, daß in Ansehung verbotener Spielschulden nicht nur das eigentliche Constitutum, sondern auch jede freiwillige Anerkennung ganz unverbindlich ist, weil die Gesetze in solchen Fällen dem Gläubiger alles Recht absprechen, und das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenschaft behält, daß es den Rechten und verbietenden Gesetzen zuwider ist. Auch der Vergleich hat doch immer, wenn er über eine Spielschuld abgeschlossen wird, eine res illicita zum Gegenstand. (Weber, über natürl. Verbindlichkeit. §. 127.) So abweichend die Meinungen der Rechtsgelehrten, so verschieden sind auch die Bestimmungen der Landesgesetze.

Nach dem Codex Maximil. bavar. Th. IV. K. XII. §. 5. wird ein Unterschied zwischen Kunst-, Glücks-, Hazard- und gemischten Spielen gemacht. Was die erstern betrifft, wohin Billard, Schach, und die letztern, wohin L'ombre, Piquet, Quadrille, Taroque u. s. w. gehören, so sollen diese weder auf Borg noch auf baar Geld verboten, auch was Jemand verliert, soll er zu zahlen verbunden seyn, auch das Bezahlte nicht wieder gefordert werden, wenn nur redlich gespielt, und mit Geldsetzung nach eines Jeden Stande und Vermögen gebührendes Maaß beobachtet worden. Was dagegen die bloßen Glücksspiele auch falsche und unmäßige Spiele betrifft, so soll der, welcher auf Borg gespielt, den Gewinnst nicht fordern können; hat er es erhalten, verbunden seyn, dem Verlierenden solches herauszuge-

ben; dann soll der Gewinnende und Verlierende noch besonders bestraft werden, und zwar das erste Mal $\frac{1}{3}$ Theil des Genusses oder respectiven Verlustes, das zweite Mal um $\frac{2}{3}$ Theil, das dritte Mal aber um den ganzen Gewinn oder Verlust, bei Pharospiel soll die Bank confiscirt werden.

Nach dem Pr. LR. Th. 1. tit. XI. §. 577. findet wegen Spielschulden keine gerichtliche Klage statt. §. 578. Was Jemand im erlaubten Spiele verloren und bezahlt hat, kann er nicht wiederfordern Th. 1. tit. XVI. §. 179. Wegen der Hazardspiele, worunter alle diejenigen verstanden werden, bei welchen aus der Beschaffenheit der spielenden Personen, des Einsatzes und der übrigen Umstände erhellt, daß solche aus Gewinnsucht gespielt werden, enthält dasselbe in II. XX. §. 1298. u. s. f. genaue Bestimmungen, sie sind unerlaubt und strafbar. (Paalzow, observationes ad jus borrussicum fasc. LIV. obs. VI.) Wegen Sachsen, s. das in §. 329. angeführte Mandat von 1766. — Oesterr. Gesetzb. §. 1272.

§. 331. (M. §. 207.)

Der Ausspielvertrag ist weder als Hoffnungskauf, noch als bedingter Kauf zu betrachten, sondern hat seine eigenthümliche Natur.

Spiel ist ein nach gewissen Regeln eingerichtetes Geschäft, wobei der Ablauf einer bestimmten Bedingung, der durch die Geschicklichkeit, bloßen Zufall, oder durch beides bewirkt werden kann, entscheidet, welche der dabei interessirten Personen den Vorzug haben solle. Geht dieses Recht auf eine individuelle Sache, woran jeder Spieler Anspruch hat, ohne daß eine ähnliche Sache oder Quantität dagegen gegeben wird, so entsteht der Begriff des Ausspielens einer Sache. Der Ausspielvertrag hat Aehnlichkeit

1) mit dem Hoffnungskauf, (Müller ad Struvium XV. §. 58. lit. g. Böhmer, Introd. ad Pand. tit. de aleat. n. 11.) denn allerdings erkauft man für den Einsatz eine Hoffnung, allein die Bedingung, auf deren Eintritt das Wesen jeder Hoffnung beruht, darf kein außerhalb der Sache liegender Umstand seyn, sondern er muß das

künftige Dasein der Sache oder ihre Unterordnung unter das Veräußerungsvermögen des Versprechenden betreffen. Diese Eigenschaft der Bedingung muß schon bei dem Verkäufer angefangen haben; denn für den Käufer erwächst aus jedem bedingten Vertrage die Hoffnung, die Sache zu erwerben. Der Verkäufer muß also zum Object eigene Hoffnung anbieten. Daß dieß nun hier der Fall nicht ist, fällt in die Augen. (Lang, Rechtslehre des Ausspielgeschäfts. Erl. 1818. S. 13. §. 13.)

2) Mit einem bedingten Kaufe hat dieser Vertrag Aehnlichkeit, doch unterscheidet sich letzterer vom erstern wesentlich, weil 1) noch ein Vertrag unter den Spielenden selbst zu Grunde liegt; 2) schlechterdings eine Alternative ist, gewinnen oder verlieren. Beides aber fällt bei dem bedingten Kaufe weg. (Lang a. a. O. S. 11.)

Bei dem Ausspielgeschäft sind zwei Fälle zu unterscheiden, einmal der: wo der Gegenstand des Ausspielens von allen besessen wird, dann der: wo ihn nur einer besitzt. Bei dem ersten Falle lassen sich zwar wohl mehrere Verträge denken, allein der natürlichste ist der: daß der, welcher überworfen wird, sich verbindet aus der Gesellschaft zu treten; denn 1) Gewinnen und Verlieren sind entgegengesetzte Begriffe; 2) kann man nicht jedem Einzelnen die Sache ausschließend versprechen; dieß geschieht aber, denn jeder kann höher werfen, als ich, und doch von einem Andern wieder überworfen werden; also habe ich schon bei dem Ersten, der mich überwirft, keine Rechte mehr, die ich dem Folgenden übertragen könnte.

In dem zweiten Falle ist wieder zu unterscheiden, ob der Besitzer mitspielt, oder nicht. In dem letztern treten zwei verschiedene Geschäfte ein: ein vorbereitendes, wodurch die Sache erst an den Spielenden kommt, und das eigentliche Spielgeschäft, wodurch ein Regen unter diesen entsteht, jenes liegt in dem Vorsatz, es soll gewürfelt werden; dieses in dem, wer alle überwirft; letzteres ist ein blos unter den Spielenden bestehender Vertrag; ersteres war nöthig, um den Spielenden ein Eigenthum zu erwerben, ohne welches sie sich wechselseitig den Gewinn und Verlust nicht garan=

tiren könnten; gewöhnlich ist es ein unbedingter Kauf, man giebt Einsatz, wo jedoch alle Einsetzende nur für einen Käufer anzusehen sind.

Nimmt der Besitzer an dem Ausspiel selbst Theil, so ist auch hier der Grundsatz anzuwenden: daß das Ausspielen keineswegs blos in einem Vertrage zwischen dem Ausspieler und jedem einzelnen Spieler bestehe, nämlich einem von ihnen die Sache zu überlassen, im Sinn falle. Denn

1) liegt hierin blos das Verhältniß des Ausspielers zu den Ausspielenden, nicht dieser unter sich. Gleichwohl liegt dem Uebertragen des Gewonnenen durch den Ausspieler die Bedingung des Sieger = Verhältnisses eines der Spielenden gegen die andern zu Grunde;

2) hierin liegt noch nicht der Begriff des Eigenthums aller Spielenden an der Sache, welches doch nothwendig ist, wenn das um etwas Spielen kein leeres Nichts seyn soll.

Hiermit stimmt überein: Grolmann, (Entwurf der recht. Natur des Ausspielgeschäfts. Gießen 1797.) Daß das Ausspielgeschäft eher als ein Kauf zu betrachten sey, behaupten: v. Glück, (Pandecten Comm. Th. XI. §. 762. S. 370.) Lang, (Rechtstheorie vom Ausspielgeschäft. Erl. 1818. S. 28.)

§. 332. a. (M. §. 208.)

Der Vertrag, welchen der Unternehmer der Lotterie mit dem Looseabsetzer eingeht, ist kein Trödelcontract.

Wenn, wie Einige annehmen, als: Hagemann (pract. Erört. V. n. 28. §. 3.) und Beschorner, (praes. Haubold, Diss. Quaest. nonnullae ad ius lotteriarum pert. Lips. 1806. C. 2. §. 3.) daß der Vertrag, welchen der Lotterie-Collecteur mit der Direction eingeht, die Natur des Trödelcontracts hätte, so würde sich daraus ergeben, daß der Looseabsetzer die Gefahr der Loose übernehmen müsse, auch sich von Bezahlung der Loose dadurch nicht wieder befreien könne, daß er an der Zurückgabe ohne seine Schuld verhindert worden. Daß der Vertrag mit dem Trödelcontract Aehnlich-

keit hat, ist gar nicht zu läugnen; denn die Loose werden übergeben, mit der Bedingung: solche in einer gewissen Zeit zurückzugeben, oder den Werth zu vergüten. Allein zwischen beiden Verträgen ist ein großer Unterschied.

1) Bei dem Trödelcontract wird der Werth bestimmt, der für die Sache von dem Trödler gegeben werden soll, nicht wie hoch die Sache verkauft werden soll. Dem Looseabsetzer ist aber der Preis bestimmt, um welchen er ein einzelnes Loos hingeben soll. Er darf dasselbe nicht höher verkaufen, weil er dadurch den schnellen Absatz der Loose verhindern würde.

2) Den Contract, welchen der Looseabsetzer mit dem Theilnehmer eingeht, soll dieser mit dem Unternehmer in Verbindung bringen, er handelt daher als Beauftragter, nicht als Trödler.

3) In Folge des Contracts können für den Looseabsetzer Gegenforderungen entstehen, dieß ist bei dem Trödler nicht der Fall.

4) Dem Unternehmer kann in gewissen Fällen dann, wenn der Looseabsetzer die Loose verpfändet hat, die Vindication nicht abgesprochen werden. (s. §. 263.) Der, welcher eine Sache zum Vertrödlen gegeben, hat solche nicht. (Arg. L. 1. §. 1. D. de aest. act.) Der Vertrag, welchen der Collecteur mit der Direction eingeht, ist ein Vollmachtsvertrag; auch kann der Collecteur nicht als Factor der Direction angesehen werden.

Hiermit stimmt überein: ein Ungenannter, (Abh. d. Lotterierecht Coburg 1771. Abth. V. §. 6. 7.) und Lange, (a. a. O. S. 171.)

§. 332b. (M. §. 208. not. 2.)

Wenn der Untercollecteur die Zahlung nicht geleistet, so ist die Direction nur dann verbunden, dem Spieler den Gewinnst zu bezahlen, wenn sie bekannt gemacht hat, die Zahlung des Gewinnstes nicht anders, als gegen Auslieferung des Looses im Original zu bewirken.

Es sind bei der Frage: ob die Direction, wenn der Untercollecteur die Zahlung nicht bewirkte, verbunden sey,

dem Gewinner den Gewinnst zu bezahlen, zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Die Direction hat öffentlich bekannt gemacht, daß der Gewinner, ehe die Gelder übersandt werden, das Originalloos entweder mittelbar oder unmittelbar durch den Collecteur an die Direction einsenden solle, dann kann sich jener, wenn er dem Collecteur das Originalloos zur Einziehung des Gewinnstes übergeben hat, und solchen nicht erhält, an die Direction halten, welche zur Bezahlung verbunden ist, und zwar darum, weil

a) der Collecteur als wahrer Bevollmächtigter der Direction zu betrachten ist,

b) weil es nach dem Ausschreiben von der Willkühr des Collecteurs abhing, das Loos an die Direction unmittelbar einzusenden, oder durch den Collecteur. Die nämliche Verpflichtung tritt für die Direction auch dann ein, wenn der Gewinnst durch ein Unglück verloren gegangen, indem die Lotterie auf ihre Gefahr unternommen, und der Gewinner vor erhaltenem Gewinnst von selbigem noch nicht Eigenthümer worden ist; er hat bei einer Geldlotterie nur eine Summe Geldes zu fordern, diese geht aber demjenigen, welcher sie zu fordern hat, vor dem wirklichen Empfange nicht zu Grunde. (Quantitas non perit.)

2) Hat die Direction jenes nicht bekannt gemacht, der Gewinner aber das Originalloos dem Collecteur zur Einlieferung übergeben, so kommt es darauf an: ob die Direction das Geld an den Collecteur übersandte, oder nicht; im letztern Falle hält sich der Gewinner wegen der Zahlung an die Direction, indem sie, nicht aber der Collecteur zur Bezahlung verbunden ist. Im erstern Fall aber fällt die Verbindlichkeit der Direction zur Bezahlung des Gewinnstes weg. Denn

a) braucht der Einsetzer das Originallos dem Collecteur nicht eher einzuhändigen, als bis er Zahlung erhalten hat; thut er es dennoch, so geschieht es auf seine Gefahr.

b) Die Direction haftet für die von ihr bestellten Einnehmer nur in sofern, als diese noch über die zu debitirenden Loose selbst disponiren, z. B. mit dem Spieler durch

Uebergabe des Looses contrahiren, so lange die Loose noch wirklich im Verkehr sind. So kann die Direction dem Spieler das Loos, welches ihm der Einnehmer überlassen hat, nicht wieder nehmen, sondern sie wird durch den zwischen dem Einnehmer und Spieler geschlossenen Vertrag ebenfalls verpflichtet. Ist nun aber der Spieler nicht im Besitz des Looses, so kann die Direction sich nicht mit ihm einlassen, weil sie die Richtigkeit eines Looses, das nicht präsentirt wird, nicht anerkennen kann, dagegen aber jedem Inhaber des Looses verhaftet wird. Hat nun die Direction den Präsentanten des Looses gegen dessen Auslieferung befriedigt, wozu sie verbunden ist, so ist kein rechtlicher Grund einzusehen, weshalb ein ehemaliger Inhaber des Looses von der Lotterie-Direction fordern könnte, daß sie einen Gewinnst zweimal bezahle.

3) Der Inhaber des Looses hat die größte Vorsicht anzuwenden; die Direction und der Collecteur dagegen brauchen der Natur der Sache nach keine andere Vorsicht zu gebrauchen, als die, daß sie den Gewinn nur gegen Auslieferung des Originalbooses auszahlen, indem es ihrer Seits ein großes Versehen seyn würde, wenn sie dem Präsentanten des Looses, ihrer Instruction zuwider, die geringste Weitläuftigkeit verursachen wollte, wie denn auch, weder die Lotterie-Direction, noch der Collecteur irgend wo, so wie die Spieler zur Vorsicht aufgefordert werden. Sind nun von beiden Seiten Versehen vorgefallen, so kann in keinem Fall der Spieler, dem es zur Pflicht gemacht ist, das Loos nicht aus den Händen zu geben, ehe er den Gewinnst erhalten, Schadenersatz fordern, wenn er dieser Anweisung zuwider handelt.

Hiermit stimmen überein: der Ungenannte, (a. a. O. Abtheil. 7. §. 5.) Schmidt, (Abh. versch. pract. Rechtsmaterien Bd. 1. n. 67. §. 6.) Stengel, (practisch. jurist. Ausarbeitungen B. 5. n. 3. Ist der Ober-Collecteur verbunden, dem Spieler Zahlung zu leisten, wenn der Unter-Collecteur die Gewinne nicht bezahlt hat? ein merkw. Fall.) Bielitz, (Commentar z. Pr. LR. B. 2. S. 586.) Mittermaier, (a. a. O.) Eichhorn, (Einl. §. 110.)

Nach dem Pr. LR. Th. 1. tit. XI. §. 565. kann sich der Gewinner wegen seiner Bezahlung nur an den Unternehmer halten.

Mehrere Rechtsgelehrte sind aber der entgegengesetzten Meinung: Homel, (Rhaps. quaest. for. Vol. II. obs. 421. n. 5.) Hagemann, (pract. Erört. B. 5. Erört. 28.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. n. 560 Th. 5. n. 38.) Runde, (deutsch. PR. §. 212.) Danz, (Handb. d. deutsch. PR. B. 2. S. 114.) Thibaut, (System d. PR. B. 2. §. 377.) Glück, (P. Com. Th. 11. S. 362.) Die Gründe sind:

1) Der Collecteur ist der Mandatar der Direction, so wie nun der Mandans aus den dolosen und culposen Handlungen des Mandatars verbunden ist, so ist es auch die Direction, welche ihren Regreß gegen den treulos handelnden Geschäftsträger mit der actione mandati contraria nehmen kann. Lex 46. D. mandati L. 21. 6. eod. Homel, (a. a. O.) bemerkt: Si collector subcollectorve dominium sortis defraudaverit, hic non solum collectorem verum ipsam quoque Lotteriam, sive directorem convenire potest, nec germanicum illud: Hand muß Hand wahren, obtinebit. Tenetur enim Directorium facta suorum collectorum et subcollectorum praestare, quia secundum naturam negotii, multorum hominum opera et auxilio indigentis, tacitam substituendi potestatem collectores accipisse videntur.

2) Das Lotteriegeschäft enthält eine emtio spei. Wer Locse nimmt, kauft eine solche Hoffnung von demjenigen, der die Lotterie angeordnet, und nicht von denen, so dieser zur Ausrichtung seiner Obliegenheit zur Hülfe nimmt. Es besteht sonach der Kauf zwischen der Direction und Spieler, nicht zwischen diesem und dem Collecteur.

8) Der Credit der Lotterieanstalt kann blos dadurch erhalten werden, daß die Interessenten ihre Gewinnste sicher erhalten: wie ungewiß würde es aber seyn, wenn sie wegen der Gewinnste blos den Collecteur in Anspruch nehmen könnten, von dessen Vermögen und Ehrlichkeit sie nicht genau unterrichtet sind.

Allein alle diese Gründe sind von geringem Gewicht; denn was den ersten betrifft, so kann zugegeben werden, daß der Collecteur Bevollmächtigter der Direction ist. Haftet denn aber der Mandans, wenn der Mandatarius der Vollmacht zuwiderhandelt und den Pflichten eines Bevollmächtigten nicht nachkommt? Nach der L. 10. C. de procurat. gewiß nicht; und ist denn dadurch nicht der Auftrag vollendet, wenn die Direction den Gewinnst ausbezahlt, indem sie das gewinnende Loos von dem Collecteur erhielt? Hiermit stimmt auch das Pr. L R. Th. 1. tit. XI. § 559. überein. Warum ließ sich der Gewinner mit dem Collecteur ein, da er wußte, daß dieser nicht zur Auszahlung der Gewinnste, sondern blos die Direction verbunden sey? Der zweite Grund ist eben so unzureichend: zugegeben, daß der Vertrag mit der Direction und nicht mit dem Collecteur besteht, so folgt ja offenbar daraus, daß der Gewinner seinen Gewinnst von seinem Verkäufer, sonach von der Direction verlangen muß, mit der er in Contractsverhältnissen steht. Warum handelte er gegen diese Bestimmung, und vertraute sein Loos einem Andern an, mit dem er nicht contrahirt hat. Der dritte ist ein politischer Grund, welcher rechtlich keinen Einfluß hat. Die Direction würde den größten Nachtheil erleiden, wenn sie verbunden wäre, für jede Untreue des Collecteurs und Untercollecteurs zu haften.

§. 333. (M. §. 208. n. 2.)

Derjenige, der Lotterieloose empfängt und solche nicht zurücksendet, kann nicht verbunden werden, die Einlage zu bezahlen.

Wenn der Lotterievertrag als Hoffnungskauf anzusehen ist, so sind auch die allgemeinen Grundsätze desselben auf diesen anzuwenden. 1) So wenig, wie Jemand zum Kauf verpflichtet werden kann, (L. 11. 13. 14. C. de cont. L. V.) eben so wenig kann Jemand angehalten werden, die übersandten Loose käuflich zu übernehmen; 2) wenn gleich ein Kauf auch stillschweigend abgeschlossen werden konnte, (Berger, oec. iur. Lib. III. tit. 5. Th. 1. n. 3.) so kann dieß doch hier nicht angenommen werden, indem in solchen Fällen,

Fällen, wo es auf Verpflichtung eines Andern ankommt, das bloße Stillschweigen für eine Einwilligung nicht ausgelegt werden kann. 3) Fehlt es an einem rechtlichen Grunde, ihm die Verbindlichkeit zur Rückschickung der Loose aufzuerlegen. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. (L. 74. D. de reg. iur.)

Hiermit stimmen überein: Schorch, (Samml. auserles. Gutachten und Urtheilssprüche. Erf. 1798. n. XXI. Q. 4. n. 27.) Böhmer, (Rechtsfälle B. 2. n. 100.) Eichhorn, (Einl. §. 110.) Lang, (a. a. O. S. 57.) Nach der hannöv. Verord. v. 19. April 1819. §. 4. soll der Empfänger, dem unverlangt ein Loos zugesandt worden, nicht schuldig seyn, solches zurückzusenden; dem zusendenden Collecteur soll, wenn eine Niete herauskommt, keine Klage auf Bezahlung des Einsatzes zustehen; der auf das Loos fallende Gewinn soll aber dem, welchem es zugesandt wurde, gehören.

Mehrere, als: Hagemann, (pract. Erört. B. 2. Erört. 46.) v. Glück, (P. Comm. Th. XI. S. 364.) u. a. sind der entgegengesetzten Meinung; denn 1) nach dem Lotterieplane müßten die nicht verkauften oder nicht renovirten Loose vor der Ziehung jeder Klasse von den Collecteurs an die Direction zurückgesandt werden, wenn sie nicht dafür verantwortlich seyn sollen; sonach sey der Empfänger der Loose allerdings verbunden, sich entweder ausdrücklich, oder auch nur durch die bloße Zurücksendung der Loose darüber zu erklären, daß er nicht Willens sey, das ihm angetragene Geschäft einzugehen; unterläßt er dieses, so sey sein Stillschweigen hier, wo er sich zu erklären verbunden gewesen, und noch vielmehr die positive Handlung des Zurückbehaltens des Billets, für eine Einwilligung in den ihm von dem Collecteur angetragenen Kaufcontract anzusehen. 2) Der Empfänger der Loose trete durch die Zurückbehaltung in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Käufers, und sey folglich auch den Einsatz, als den ein für alle Mal bestimmten Kaufpreis zu bezahlen verbunden.

Allein, wie wenig Gewicht diese Gründe haben, ergiebt sich aus dem oben Gesagten. Soll Jemand aus dem

bloßen Stillschweigen verbunden werden, so wird doch vorausgesetzt, daß er überhaupt verbunden sey, seine Erklärung zu geben. C. 43. de reg. iur in 6to. L. 142. D. de reg. jur. Qui tacet non utique fatetur. Hofacker, (Princ. i. civil. §. 184.) Eine solche Verpflichtung ist aber hier nicht vorhanden.

Andere nehmen an: daß, wenn nicht ein Landesgesetz das Einsetzen in fremde Lotterien verbietet, die Klagbarkeit aus diesem Verhältniß nicht zu bestreiten sey. Mittermaier, (a. a. O.)

§. 334a.

Durch die Nichterneuerung des Looses wird der Spieler seines Rechts an der Lotterie verlustig; dieß gereicht aber blos zum Vortheil des Lotterie-Instituts, nicht zu Gunsten des Collecteurs oder sonstigen Verkäufers.

Der Spieler kann zur Renovation des Looses nicht verbunden werden; unterläßt er solche, so macht er sich seines Antheils an der Lotterie verlustig, sowohl in Ansehung auf die künftigen Klassen, als seiner Einlage für die schon gespielten, indem durch den Kauf der Nummer in jeder Klasse eine Verbindlichkeit für die Lotterie erwächst, den darauf fallenden Gewinn zu bezahlen. Bei jeder einzelnen Klasse der Lotterie ist daher ein besonderer Kaufcontract erforderlich, der geschlossene endigt sich mit der Ziehung einer jeden Klasse; soll er für die nachfolgenden fortdauern, so muß dafür eine neue Einlage gemacht, oder das Loos zur planmäßig bestimmten Zeit eingesandt werden. Auch ist der Spieler verbunden, sich zur Renovation selbst zu erbieten, der Collecteur braucht ihm die Loose zu der neuen Klasse nicht zu zusenden.

Auf die creditirten Renovations-Gelder eines nicht durch alle Klassen fortgespielten Looses kann aber der Collecteur keine Ansprüche machen, sondern blos das Lotterieinstitut, es sey denn: daß der Collecteur zu behaupten vermochte, daß er die von der Lotteriedirection erhaltenen Loose der später nicht renovirten Klasse derselben zurückgegeben, oder für deren

Rechnung, nicht aber zu seinem eignen Vortheil verkauft, noch auch selbst fortgespielt habe.

Hiermit stimmen überein: Schorch, (a. a. O. S. 133.) Hagemann, (a. a. O. §. 6.) Glück, (a. a. O. S. 365.) Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 295. not. 3.) s. a. Beschorner, (Praes. Haubold, Diss. Quaest. nonullae ad ius lotteriarum pertinentes. Lips. 1806.)

§. 334 b.

Der Collecteur kann von dem, der auf Borg gespielt hat, den Einsatz gerichtlich wieder verlangen.

Mehrere, als Struve, (Syntag. iur. civil. Ex. §. 57.) Berlich, (P. 1. Dec. 66.) Lauterbach, (Lib. XI. Tit. 5. §. 16.) Stryck, (Us. mod. Lib. XI. Tit. 5. §. 10.) sind der entgegengesetzten Meinung darum, weil das römische Recht (L. ult. Cod. de aleatr.) ausdrücklich verordnet, daß Niemand auf dasjenige, so er im Spiel schuldig geblieben, belangt werden kann, sondern sogar das baar Verlorne sowohl vom Spieler selbst, als von einem jeden Andern wieder zu fordern berechtigt ist: auch die Fußknechtbestallung von 1570 art. 211. verbiete ein jedes Spiel auf Borg.

Allein diese Meinung ist ungegründet. Denn

1) wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß das römische Recht in der Lehre von Spielverträgen anwendbar ist (§. 333.), so können doch die Grundsätze desselben auf den Lotterievertrag nur eingeschränkt angewandt werden, indem jene sich auf die Würfel- und bloße Glücksspiele beziehen, das Lotto aber eher als ein Hoffnungskauf anzusehen ist.

2) Kann dasjenige, was die Reuterbestallung bestimmt, auf Lotterie keine Anwendung finden, indem dieses Gesetz ein Polizeigesetz ist, das sich blos auf Militärpersonen beziehet, nicht aber als allgemein gültig angesehen werden kann.

Wenn man die Lotterie als einen Hoffnungskauf ansieht, so ist es unbedenklich, daß die Zahlung verlangt wer-

langt werden kann, indem dem Verkäufer dieses Recht zusteht.

Hiermit stimmen überein: Beyer, (Posit. ad Dig. Lib. XI. tit. 5.) Schöpf, (Synops. Pand. Lib. XI. Tit. n. 19.) Der Ungenannte, (a. a. O. Abth. 7. § 11.) Eine ganz andere Frage ist die: ob der, welcher auf Borg in der Lotterie gespielt, den Gewinn verlangen könne? Daß er von dem Collecteur diesen zu verlangen berechtigt ist, der ihm den Einsatz borgte, ist wohl unbedenklich; denn so wie dem Collecteur die Befugniß zusteht, den geborgten Einsatz von dem Spieler gerichtlich zu verlangen, aus gleichem Grunde muß er auch verbunden seyn, den Gewinnst zu bezahlen. Wenn aber dieser nicht zahlen kann und die Lotterie-Direction wegen der Zahlung in Anspruch genommen wird, so ist die aufgeworfene Frage nach folgendem Unterschied zu entscheiden. Hat die Lotterie-Direction gewußt, daß der Collecteur den Einsatz borgte, oder hat sie davon keine Wissenschaft gehabt? Im ersten Fall ist sie verbunden, den Gewinn zu bezahlen, indem sie die Handlungen des Collecteurs, die er mit ihrem Vorwissen unternommen, vertreten muß; im letztern Fall aber ist sie dazu nicht verbunden, indem kein Verpflichtungsgrund vorhanden ist; s. a. Abh. das Lottospiel. S. 58.

§. 335. (M. §. 208. n. 3.)

Den Büchern der Collecteurs kommt das Vorrecht der Handelsbücher nicht zu.

Es sind zwar Einige der Meinung, daß den Büchern der Collecteurs die nämliche Beweiskraft, wie dem Handelsbuch der Kaufleute zukomme, indem das Lottogeschäft ein wahres Handelsgeschäft sey, die Loose als Waare zu betrachten, die Direction gebe den Hauptcollecteuren davon eine Anzahl auf Kredit, gewöhnlich wären diese Leute an sich schon Kaufleute, und die Vermuthung der Redlichkeit könne man daraus ersehen, weil denselben die Loose anvertraut würden. Der Ungenannte (a. a. O. Abth. 4. §. 4.) Eckart, (Lotto-Recht S. 51.) Lindner, (über die

Glaubwürdigkeit der Handelsbücher und eines Hauptbuchs der Lotteriecollecteurs. Helmst. 1818.) Allein mit Recht, nehmen Andere das Gegentheil an, indem die Direction und die Hauptcollecteurs in dem Verhältniß eines Machtgebers und Bevollmächtigten stehen, bei dem Vollmachtsvertrage aber ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen wird, nach welchem die Collecteurs die Loose absetzen; hierzu kommt noch, daß die Vermuthung der Redlichkeit aus Ueberlassung der Loose geschlossen werden, und dieß zur Unterstützung der Meinung dienen soll, eben so gut dem Hausbuche eines ehrlichen Hausvaters die halbe Beweiskraft beigelegt werden müßte. Runde, (deutsch. Pr. §. 460.) Bender, (Handelsrecht S. 451.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 336. (M. §. 209.)

Die Bestimmung des Quantums bei dem Leibrentenvertrage hängt von der Willkühr der Contrahenten ab, ohne daß die Rente den gewöhnlichen Zinsfuß zu übersteigen braucht.

Es sind zwar Einige als: Würffel, (in iurisprud. definitiv. §. 437.) Claproth, (Iurisprud. herm. sub rub. de contractu vitalitio.) Berger, (oeconomia iuris P. 3. tit. 2. th. IV. not. 12.) Gail, (Observationes V. 2. obs. 8.) Mathis, (jurist. Monatsschrift B. 1. S. 233. n. 13. in d. Abh.: Ist es ein wesentliches Erforderniß eines Leibrenten-Contracts, daß mehr als landesübliche Zinsen als Leibrenten stipulirt werden?) und Eichhorn, (Einl. §. 118. S. 332.) der Meinung, daß wie zum Wesen eines Kaufs ein pretium verum gehöre, auch zu einem Leibrenten-Contract eine den landesüblichen Zinsfuß übersteigende Leibrente nothwendig sey. Aus bessern Gründen nehmen aber Andere das Gegentheil an: Westphal, (deutsch. PR. Th. 2. n. 60.) Merckel, (Comm. z. pr. LR. Th. 1. S. 270) Mittermaier, (a. a. O.) denn die Willkühr der jährlichen Rente hängt ganz von der Willkühr der Contrahenten ab, (s. a. Pr. LR. Th. 1. tit. 11. §. 610.) sie kann über den gewöhnlichen Zinssatz hinausgehen, aber es ist nicht nothwendig,

daß sie denselben übersteige; vielmehr ist der Leibrenten-Contract wie ein Kauf-Contract zu betrachten, bei welchem das dem Rentenzahler hingegebene Kapital als das Kaufpretium, die jährlichen Renten aber als die Waare anzusehen sind, wegen des Kaufpretiums aber, und wie solches gegen den Werth der Waare sich verhalten soll, ordentlicher Weise in den Rechten nichts bestimmt ist.

§. 337.

Der Leibrentenvertrag kann nicht aufgehoben werden, wenn der Rentengeber einen Termin unberücksichtigt läßt.

Einige Rechtsgelehrte, als: Lyncker, (de reditibus annuis Discept. 4. n. 32.) Struve, (Exercit. 27. §. 51.) Born, (de censo constitutivo. C. 6 §. 1.) sind zwar der Meinung, daß wenn der Rentengeber ein oder den andern Termin unberichtigt gelassen, der Rentenkäufer befugt sey, auf die Aufhebung des Contracts zu dringen, weil der Contract stillschweigend eine conditio resolutiva enthalte, auch im Reichsdeputationshauptschluß v. 1600. §. 35. bestimmt ist, daß wenn der Schuldner sich bei Bezahlung der Gülden säumig befinde, der Gläubiger befugt sey, die Hauptsumme zu fordern. Allein aus bessern Gründen haben: Mensch, (Lib. IV. Praef. 175. n. 15.) Harpprecht, (Cons. 93. n. 14.) Wernher, (T. 1. P. III. Obs. 193.) Leyser, (Sp. 46. m. 5.) Struben, (rechtl. Bedenken Bd. 4. n. 39.) das Gegentheil angenommen. Denn 1) ist es unrichtig, wenn behauptet wird, daß in dem Contracte stillschweigend die conditio resolutiva enthalten sey, es ist vielmehr ein modus anzunehmen; 2) ist nicht ausdrücklich im Vertrage bestimmt, daß der Contract stillschweigend aufgehoben seyn soll, wenn die Renten nicht bezahlt werden, so kann nur alsdann, wenn mehrere Termine rückständig sind, auf die Aufhebung des Vertrags geklagt werden, ist ein Termin im Rückstand, auf Erfüllung des Vertrags und Leistung des Interesse.

Hiermit stimmt auch überein: das Pr. LR. Th. 1. tit. 11. §. 647. „Wenn der Verkäufer der Leibrente durch

drei hinter einander folgende Jahre mit deren Bezahlung im Rückstand bleibt, so kann der Käufer das Kapital zurückfordern, und der Verkäufer darf darauf, wegen der bis dahin bezahlten Leibrente, nichts abziehen. Der Code Napol. enthält im Art. 1978 folgende Bestimmung: Le seul defaut de paiement des arrerages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée a demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans les fonds par lui aliène.

§. 338. (M. §. 209.)

Die Personalgläubiger des Käufers der Leibrente können ihre Forderungen blos gegen denselben, nicht gegen den Verkäufer der Leibrente geltend machen.

Es ist ein wichtiger Unterschied zwischen Vitalitien- oder Alimentenvertrag und Leibrenten-Contract, der hier, bei der Frage: ob den Personalgläubigern eine Klage gegen den Verkäufer auf Befriedigung ihrer Forderungen zustehe, in Betracht kommt. Hat Jemand durch einen Alimentenvertrag sein ganzes Vermögen auf einen Andern übertragen mit der Verpflichtung ihn zu alimentiren, und gereicht dieser Vertrag zum Nachtheil der Gläubiger, so können sie ihre Ansprüche gegen den Verkäufer der Leibrente geltend machen, indem die Uebertragung des ganzen Vermögens nur deducto aere alieno zu verstehen ist; er, der Verkäufer, hat sonach nur Ansprüche auf den Theil des Vermögens des Käufers, welcher nach Abzug der Schulden übrig bleibt. Will sich der Verkäufer sichern, so kann er vor Eingehung des Vertrags auf die Edictalcitation cum effectu praeclusionis antragen.

Ganz anders verhält es sich bei dem Leibrentenvertrage. Hier haben die Personalgläubiger wegen ihrer Forderungen keine Ansprüche gegen den Verkäufer, (bei den Realgläubigern ist es ein anderer Fall) indem sie darauf dringen können, daß sie aus dem übrigen Vermögen des Schuldners und eventuell aus der Leibrente selbst ihre Befriedigung erhalten.

Hiermit stimmen überein: Bielitz, (Comment. über das Pr. LR. Th. 2. S. 607.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Entscheidung der Pr. Gesetzcommission v. 11ten Jan. 1796. (in Stengel Beitr. 2. S. 285.) dann das Pr. LR. Th. 1. tit. 11. §. 636. und Anhang zu demselben § 19. wo es heißt: „daß die Vorschriften des Pr. LR. §. 641 — 646 nicht auf den Fall, wo ein ganzer Vermögensinbegriff durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Contract übertragen wird, ausgedehnt werden kann, vielmehr für den Fall der Grundsatz gelte, daß unter Vermögen nur dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verstanden werden kann."

Andere nehmen das Gegentheil an: als Voet, (Comment. ad Pand. tit. de donat. §. 20.) und Westphal, (deutsches PR. Th. 2. Abh. 61.) welcher bemerkt, daß es hier darauf ankomme, ob der Rentengeber von diesen Schulden gewußt, oder nicht. In dem ersten Falle könne er dasjenige, was er dem Rentenzieher seit dem Contract gegeben, nicht auf das Kapital abrechnen; denn nach der Regel, quod bona non intelligantur nisi deducto aere alieno, hätte der Rentengeber das Vermögen nicht höher rechnen können, als die Summe war, welche nach Abzug der bekannten Schulden übrig blieb. In dem zweiten Falle aber stehe ihm frei, den ganzen Contract wieder aufzuheben, weil ihn der Rentennehmer betrogen; er sey aber auch befugt, das, was er über die gewöhnlichen Interessen an den Rentennehmer bezahlt, den unbekannten Gläubigern von der Vermögensmasse abzurechnen, und sonach nur zu bezahlen, was übrig bleibt.

§. 339.

Der Käufer der Leibrente oder dessen Erben können nicht auf die Aufhebung oder Ungültigkeit des Leibrenten-Contracts wegen Verletzung über die Hälfte klagen.

1) Der, welcher freiwillig sein Vermögen einem Andern unter der Bedingung einer Rente zu geben überträgt, kann nicht wegen Verletzung über die Hälfte klagen: si quis

sciens verum valorem rei, tamen lubenti animo illam infra dimidium tradidit, non potest videri laesus, cum volenti non fiat iniuria. L. II. 15. C. de resc. vendit.

2) Der Leibrentenvertrag gehört zu den gewagten Verträgen; bei diesen muß man sich den Schaden, den man sich selbst zuzuschreiben hat, mit dem Gewinne compensiren, den man hätte machen können. Selbst bei Erbtheilungen, bei welchen doch die Gesetze die genaueste Gleichheit beobachtet wissen wollen, kommt die Läsion nicht in Betracht: si tantum aestimatus sit dubius eventus sagt Paulus in L. 23. D. famul. her.

3) Die Constitution des Codex (L. 2. C. de resc. vend.) welche diesem Einwand bei Verkaufsgeschäften ein gesetzliches Ansehn giebt, verträgt eine analogische Anwendung auf diesen Vertrag deßhalb nicht, weil sie einen Contract betrifft, dessen Natur es nicht mit sich bringt, daß eine Partei gegen die Andere einen erheblichen Gewinn mache, oder einen erheblichen Schaden leide; sie sucht einen beträchtlichen Schaden zu verhüten, welches hier nicht in Anwendung kommen kann.

Hiermit stimmen überein: Voet, (Com. ad P. Tit. de resc. vendit. §. 17.) Struve, (Exercit. 23. §. 88.) Cocceji, (de remedio L. 2. de rescind. vend. th. 9.) Hellfeld, (jurisprud. for. §. 1030.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. B. 126.) v. Glück, (P. Comm. Th. XVII. S. 86.) Waldeck, (Controvers-Entscheidung des Obergerichts zu Wolfenbüttel Th. 1. S. 268.)

Andere sind der entgegengesetzten Meinung: Berger, (oecon. iur. Lib. III. tit. 5. Th. 18. n. 4.) Lauterbach, (Coll. th. pract. Tit. de resc. vendit. §. 36.) Zirckel, (Revision der wichtigsten Lehren des pos. Rechts Th. 2. S. 85.)

§. 340. (M. §. 209.)

Wenn Concurs über das Vermögen des Rentenverkäufers ausbricht, so kann der Rentenkäufer die hingegebenen Gegenstände nicht zurückfordern, wenn er nicht das Eigenthum sich vorbehal-

ten; die Creditoren haben aber die Wahl, ob sie den Vertrag aufheben, oder die Rente fortbezahlen wollen, in welchem Falle eine Summe zur Bestreitung der Rente auszusetzen ist.

Es sind zwar Harpprecht, (de iure contractus vitalitii in concursu creditorum. Tub. 1754.) Weishaar, (Com. über das würt. LR. §. 1319. §. 1320.) Gmelin, (Ordnung d. Gläubiger S. 41.) der Meinung: daß, wenn Concurs über das Vermögen des Schuldners ausbricht, zu unterscheiden sey: ob sich der Käufer den Unterhalt sammt der Pflege und Bedienung von dem Verkäufer habe versprechen lassen, oder ob er sich nur gewisse zu reichende Abgaben entweder für die von ihm gegebenen Güter, oder aus denselben ausbedungen oder vorbehalten habe? Im erstern Falle könne er von dem Contract abgehen und seine Güter wiederfordern; (arg. L. 13. D. de solut. et lib. L. us. §. 9. C. de cod. toll.) in dem zweiten Falle komme es wieder darauf an: ob er sich das Eigenthum vorbehalten, entweder überhaupt, oder wenn der Verkäufer außer Stande seyn sollte, den Contract zu erfüllen, oder ob dieß nicht sey. In jenem Falle stehe ihm das Absonderungsrecht in so weit zu, als noch die Güter vorhanden sind; in diesem Falle aber komme es wieder darauf an: ob der Vertrag vermittelst einer Schenkung sub modo geschlossen, dann stehe ihm die utilis rei vindicatio ex L. I. C. de donat. quae sub modo zu, welche ihm auch das Absonderungsrecht in Ansehung der noch vorhandenen Güter giebt; wenn der Vertrag auf eine andere Art abgeschlossen sey, so können die vom Käufer übergebenen Güter nicht anders, als mit einer persönlichen Klage unter den andern Schuldforderungen eingeklagt werden.

Mit Recht wird aber diese Meinung von Andern als: Runde, (von der Leibzucht S. 449.) Bielitz, (Comment. über das Pr. LR. II. S. 605.) Mittermaier, (a. a. O.) Ebend. (Beiträge S. 31.) Eichhorn, (Einl. §. 118.) verworfen, indem es auf den angegebenen Unterschied nicht ankommen kann. Es ist vielmehr darauf zu sehen, ob der Käufer vermöge besonders bestellter Sicherheit oder vorbehaltenen Eigenthumsrechtes an=

dern Gläubigern vorzusetzen ist, dann hat er, da hier sein Recht vollkommen realisirt werden kann, aus einem zu diesem Zweck auszusetzenden Capital die volle Rente zu fordern, bis diese erlöscht. Carpzov, (Iurispr. for. P. 1. const. 28. Def. 93.) Mencken, (Syst. iur. civil. sec. ord. Pand. Lib. 42. tit. 5. §. 14.) Gottschalck, (sel. discept. for. capita. Dresd. 1816. C. 29. p. 274.) Wenn aber dieß nicht ist, und er wegen seiner Forderung in die fünfte Klasse versetzt wird, so hängt es von den Gläubigern ab, ob sie den Vertrag aufheben, oder die Rente fortbezahlen wollen; in dem letztern Falle muß die Summe der Forderung nach dem Werth, welchen die Leibrente zur Zeit des Concurses hat, bestimmt werden, da er sich dann mit dem Interesse, so weit es befriedigt werden kann, begnügen muß.

§. 341. (M. §. 210.)

Der Staat ist berechtigt, die Unterthanen zum Beitritt in die Brandversicherungsanstalt zu zwingen.

Ein Hauptzweck der Brandversicherungsanstalten in Beziehung auf den Staat ist Erhaltung und Sicherheitsstellung des Staatsvermögens, welches aus dem Inbegriff der sämmtlichen Güter der Unterthanen besteht. Dieser Zweck würde nicht erreicht werden können, wenn der Eintritt in die Brandversicherungsgesellschaft der Willkühr der Einzelnen überlassen würde: überdieß entspringt ein wesentlicher Vortheil für jeden Einzelnen daraus. Unbezweifelt können die Unterthanen zum Beitritt in Ansehung der, den gemeinen Lasten unterworfenen Güter gezwungen werden. Dieß läßt sich daraus rechtfertigen, weil der Staat für die Sicherstellung der ordentlichen Staatseinkünfte zu sorgen berechtigt ist; auch können diejenigen, welche blos ein unvollkommenes Eigenthum an ihren Gütern besitzen, dazu verpflichtet werden, sobald es die Obereigenthümer oder Gutsherrn verlangen. Ob nun zur Gebung einer solchen Verordnung, wodurch die Unterthanen zur Theilnahme gezwungen werden, die Concurrenz der Landstände nothwendig ist, kommt auf die Verfassung des Landes an. Im All-

gemeinen ist anzunehmen, daß ihre Zuziehung nothwendig sey.

Hiermit stimmen überein: Moser, (von der Landeshoheit in Polizeisachen 368.) Krünitz, (Encykl. 13. 173.) Ganz, (von Versicherungsanstalten wider Feuerschaden. Salzb. 1792. S. 13. 30. 31. 32.) v. Berg, (Polizeirecht Th. 3. S. 72.)

Dagegen schließen allen Zwang Andere aus: s. Abh. in den Schleswig-Holsteinsch. Blättern 1799. B. 1. S. 110. u. s. f.

§. 342. (M. §. 210.)

Die Brandversicherungsanstalt hat keine iura fisci.

Die Frage: ob der Brandversicherungsanstalt ein Vorrecht gleich dem Fiscus zustehe, wird vorzüglich wichtig, wenn über das Vermögen ihrer Verwalter Concurs ausbricht. Abgesehen davon, ob dem Fiscus überhaupt eine besonderes Vorrecht wegen der Administration zustehe? Hoppel, (über die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. Gießen 1802. S. 180.) Hennemann, (Versuche über die bevorzugte Hypothek des Fiscus in den nach dem Contracte erworbenen Gütern des Schuldners nach der L. 28. D. de iure fisci. Schwerin 1820.), welches doch eher zu bejahen als zu verneinen ist. Meißner, (vom stillschweigenden Pfandrechte. Th. 2. S. 243.) so stehen die iura fisci

1) nur den Corporationen, Gemeinden und Societäten zu, welchen dieses Vorrecht in den Landesgesetzen [h]) oder besondern Privilegien zugesichert werden, oder die es durch unverdenklichen Besitz erworben haben. Freiesleben, (D. iure fisci landsassiorum L. n. 1726. §. 21.) Malblanc, (Principia iur. rom. P. II. §. 573.)

h) So hat nach dem preuß. Recht, die Bank, Brennholzadministration, Nutzholzadministration, prinzliche Gesammtkammer, Seehandlungsgesellschaft und Wittwen-Casse fiscalische Vorrechte.

2) Wenn gleich gewissen Steuer-Cassen die Rechte beigelegt werden, welche die aeraria rei publicae genießen, so folgt daraus noch nicht, daß sie auch die iura fisci ha-

ben. Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. Bd. 16.) Gmelin und Elsässer, (Beobachtungen B. 5. n. 6. §. 84.)

Die Brandversicherungs-Casse kann nicht unter die aeraria rei publicae gezählt werden, wenn gleich der Societät die Rechte einer öffentlichen Anstalt beigelegt sind. Denn der Charakter eines aerarii rei publicae besteht vorzüglich darin, daß in solche Cassen nur solche Abgaben fließen, welche zur Erhaltung des gemeinen Wesens, der Verfassung und zur Befriedigung der öffentlichen und Staatsbedürfnisse erforderlich sind. Hierin liegt der Grund, warum die Hebungen dieser Cassen durch Privatrechte billig gesichert und ihnen die iura minorum beigelegt werden müssen. Die Brandversicherungsbeiträge werden aber nicht zum Besten des ganzen Landes verwendet, die Einnahme gereicht allein zur Sicherheit der Societätsgenossen, und nur den letztern, nicht dem ganzen Lande, fällt der Rechnungsrest, worein ein insolventer Administrator der Casse gesetzt ist, zur Last, wenn nicht die Direction wegen versäumter Bestellung einer hinlänglichen Cautionsleistung dafür ex propriis zu haften verbunden seyn sollte.

4) Wenn der Brandversicherungsanstalt die Rechte und Befugnisse einer öffentlichen Anstalt beigelegt sind, so erlangt sie dadurch dennoch nicht die Vorzüge und Privilegien, welche die stationes aerarii rei publicae genießen, und folglich auch nicht das, nach der Praxis darunter begriffene ius tacitae hypothecae in bonis administratorum. Durch die öffentliche Bestätigung erlangen diese Anstalten nur den öffentlichen Schutz, den Beistand der Gerichte in Anwendung ihrer Gesetze, und die sonst damit unzertrennlich verbundenen Rechte.

Sonach kann die Brandversicherungsanstalt, wenn Concurs über das Vermögen ihres Administrators ausbricht, keinen besondern Vorzug in Anspruch nehmen, und wird in die fünfte Klasse der chirographorischen Gläubiger zu lociren seyn.

Hiermit stimmen überein: Hagemann, (Erört. 2. n. 42.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 343. (M. §. 211.)

Die Seeassecuranz war den Römern unbekannt.

1) In den Gesetzen der Römer findet sich keine Spur von der Seeassecuranz; die in denselben vorkommenden Stipulationen: dabis si navis venit? und si navis non venit? (L. 63. L. 129. D. de ver. obl.) können nicht auf die Seeassecuranz bezogen werden; in denselben ist eine Wette enthalten, die bei den Römern erlaubt, und nicht ungewöhnlich war.

2) In den Classikern kommen freilich einige Stellen vor, welche darauf bezogen werden könnten. Dahin gehört Cicero ad familiares Lib. II. epist. 17. In diesem an den Proquästor Sallust. an. urb. cond. 703. gerichteten Briefe beauftragt Cicero, als Proconsul in Cilicien denselben, daß er zu Laodicaea praedes nehme, damit das öffentliche Geld sicher für ihn und das Volk auf der See fortgeschafft werden könne. g)

g) Laodicicae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo.

Die Absicht Cicero's ging dahin, daß die unter seinem Consulat von dem Proquästor und Präfecten eingenommenen Gelder und Beute sicher nach Rom gebracht, würden, um darüber den Quästoren Rechnung abzulegen.

Unter praedes können nicht Assecurateurs verstanden werden, sondern blos solche, welche eine Assignation gaben. Es wird zwar das Gegentheil von Einigen als v. Glück, (P. Com. Th. 21. §. 1141.) darum angenommen, weil

1) praedes Bürgen sind, welche selbst zahlen wollen, nicht die auf Andere anweisen, und Cicero keine Zahlung in Laodicaea, sondern in Rom zu machen Willens gewesen.

Dagegen aber läßt sich mit Recht einwenden, daß dieß doch hätte geschehen können, denn die Publicani konnten in Laodicaea eine Gesellschaft haben, welche sich anheischig machte, in Rom Zahlung zu leisten, wo sich Mitglieder der Gesellschaft vorfanden.

2) Der Zweck der Versicherung auf Seeschäden sey schon bekannt gewesen, aber Anweisungen auf Zahlungen

habe ein großes Handelsverkehr vorausgesetzt, welches zu damaliger Zeit noch nicht vorhanden gewesen.

Allein dieß ist ganz unrichtig, indem wirklich schon zu damaliger Zeit Anweisungsgeschäfte bei den Römern nicht ungewöhnlich waren.

3) Cicero habe die Beute nicht in Geld verwandeln dürfen, noch wollen, indem er die schönen Sachen gern im Triumph nach Rom gebracht hätte.

Allein dieß widerstreitet den Worten, indem ja Cicero für pecuniae die praedes nahm, also für baares Geld.

Sonach kann man unter Praedes keine Assecurateurs verstehen, sondern blos solche, welche dafür sorgten, daß das Geld, welches Cicero in Laodicaea auszahlen ließ in Rom wieder bezahlt wurde. Daß die Praedes bei diesem Geschäfte nicht etwas zufälliges gewesen sind, ist an sich klar. So wenig das Wechselgeschäft ohne den Trassanten bestehen kann, eben so wenig konnte dieses Geschäft ohne die Praedes bestehen. Es war kein Darlehns-, kein Kaufgeschäft, welches Cicero abschloß, es war ein wahres Assignationsgeschäft. Schweppe, (R. Geschichte. dritte Ausg. v. Gründler. Gött. 1832. §. 322.)

Eine andere Stelle, welche als Beweis dienen soll, daß den Römern die Seeassecuranz bekannt war, ist im Livius L. 25. C. 3., hier wird erzählt, daß bei gewissen Lieferungen für die Armeen der Staat die Gefahr des Transports zur See übernommen habe.

Allein wie schon Andere: Hugo, (civil. Magazin B. 2. n. 5. S. 126) bemerkt haben, paßt diese Stelle gar nicht. Reimarus, (in der Abhandlung in Busch und Ebeling Handelsbibliothek B. 3. St. 1. n. 3.) bemerkt zwar, daß hier eine wahre Assecuranz nicht gewesen sey, man sehe aber daraus, daß wohl auch Particuliers dergleichen Gefahr zu übernehmen pflegten, denn sonst wäre es ein besonderer Umweg, die Lebensmittel bei den Lieferanten zu bestellen, und dann für Seeschäden einzustehen: der gerade Weg wäre ja, dieselben für öffentliche Rechnung zu kaufen, und wenn dieß hier die Meinung des

Schriftstellers wäre, so bedürfte es ja keines eigenen Erwähnens von Vergütung, da es sich von selbst verstände, daß der Staat, als Käufer, die Gefahr nicht allein des Verlustes zur See, sondern eines jeden Schadens hätte tragen müssen.

Allein dieses Raisonnement ist nicht beweisend. Man hat bei dieser Stelle zwischen zwei Erklärungsarten die Wahl, ehe man noch zu einer Assecuranz seine Zuflucht zu nehmen genöthigt ist.

Einmal könnte man annehmen, daß der Contract des Staats mit den Betrügern ein Kauf gewesen. Dabei war es aber doch überflüssig zu bemerken, wer die Gefahr getragen habe: denn Livius durfte nicht auf lauter kaufmännische oder juristische Leser rechnen, und es sich also nicht verdrießen lassen, eine Zeile mehr zu schreiben, die vielleicht gerade für diese entbehrlich war, aber ohne die eine Menge anderer Leser ihn nicht verstanden hätten. Dann versteht es sich ja nicht so von selbst, daß der Käufer die Gefahr trage, indem auch das Gegentheil ausgemacht werden konnte. (L. 1. D. L. a. v. si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit quoad se subiecit.) Dieses Gegentheil kann auch ohne weitere Verabredung statt finden, so oft bestimmte Quantitäten von Victualien oder andern verbrauchbaren Sachen verkauft sind, bis das Zumessen oder Zuwiegen geschehen ist.

Es war daher nicht unnütz zu bemerken, wie der Kauf geschlossen worden sey, und zu bestimmen, welche Gefahr der Staat zu übernehmen habe. Denn nicht eine jede Gefahr geht über, und wenn die verkaufte Sache wegen eines frühern Fehlers zu Grunde geht, so muß natürlich der Verkäufer dafür haften.

Eine andere Erklärungsart wäre die, daß der Staat eine locatio conductio blos auf den Transport mit den Fermiers abgeschlossen hätte. Allein auch hier, wenn ich meine Waaren einem Andern verdinge, sie wohin zu schaffen, ist der Uebergang der Gefahr weder unabänderlich bestimmt, noch für jede Gefahr gleich. In jener Rücksicht kön=

können auch wieder gerade res fungibiles, deren sich doch in den Provisionen der Armeen manche finden, eine irreguläre locatio conductio machen; und was die Art der Gefahr betrifft, so ist sehr darauf zu sehen, ob der Schiffer ganz unschuldig ist, oder nicht.

Daher läßt sich auch aus dieser Stelle kein Beweis für die obige Behauptung entnehmen.

Hiermit stimmen überein: Hugo, (a. a. O.) v. Glück, (Pandecten-Comm. B. 21. S. 207.) und Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil haben zu vertheidigen gesucht: außer Reimarus, (a. a. O.) Hoffmann, (D. de cambiis et commerciis veter. p. 91.) Sieber, (D. de argentariis eorumque inprimis offic. C. 1. §. 7.) Kölle, (Praedes periculi maritimi apud Romanos commentatio ad illustr. loc. Ciceronis ad Div. II. ep. 17. Halae 1795.) s. a. van Hall, (de magistro navis. Amst. 1822. p. 9.)

Anmerk. zu not. 9. Die Frage: ob ein Gläubiger die Sachen seines Schuldners assecuriren lassen dürfe, wird von Bret, (Diss. Le creancier peut-il faire assurer dans son interêt la proprieté de son debiteur? verneinend beantwortet.) Themis, Vol. 5. p. 289 — 297.)

§. 344. (M. §. 211. n. 3.)

Der Kaufmann braucht die ohne seine Genehmigung an ihn gesandte und nicht für seine Rechnung anerkannte Waare zur Sicherheit des Absenders nicht versichern zu lassen.

Wenn ein Kaufmann

1) für eigene Rechnung Waaren committirt hat, so erfordert es sein eigenes Interesse, die Assecuranz zu besorgen, wenn dieß nicht schon von dem Verlader geschehen seyn sollte.

2) Sind ihm Waaren zugesandt zum Verkauf oder weitern Versendung und er nimmt solche auf, so ist er als Commissionair verbunden, die Waare vor jeder Gefahr zu sichern, und sonach die Assecuranz zu bewirken. Wenn aber

3) die Waare weder für seine Rechnung geht, noch er sich als Commissionair derselben annehmen will, so braucht er auch solche nicht versichern zu lassen. Denn

a) ist Niemand verpflichtet, einen ihm gewordenen Auftrag wider seinen Willen auszuführen. §. 11. J. mand. non suscipere cuilibet liberum est. Sonach kann auch die Besorgung eines Assecuranz-Auftrags von Niemandem verlangt werden, dem dazu nicht ein ausdrücklicher, den Umständen nach verbindlicher Auftrag ertheilt worden ist, oder der nicht durch anderweitige Verhältnisse zu dem Absender verpflichtet ist, dessen Interesse wahrzunehmen, und seine Aufträge auszuführen, wie dieß z. B. bei dem Principal und demjenigen, der in seinen Diensten steht, bei einzelnen Compagnons, bei Gläubigern und Schuldnern, bei Käufern und Verkäufern, Committenten und Commissionairs der Fall ist. Denn in allen diesen Beziehungen kann es im Umfange der übernommenen Verbindlichkeiten und in der Sorgfalt, die einer der Contrahenten dem andern schuldig ist, liegen, daß die Ausführung eines gegebenen Auftrags und namentlich eines Auftrags auf Assecuranz nicht mehr freiwillig ist, sondern entweder wirklich erzwungen werden kann, oder zur Leistung eines Schadenersatzes verpflichtet.

Selbst in dem Falle tritt die Verpflichtung nicht ein, wenn die Waare früher committirt war, dieser Auftrag frühzeitig widerrufen wurde, die Waare aber dennoch von dem Commissionair in gutem Glauben abgesandt wurde.

Hiermit stimmt überein: Heise, (über die Frage: ob ein Kaufmann eine ohne seine Genehmigung an ihn abgesandte und nicht für seine Rechnung anerkannte Waare zur Sicherheit des Absenders versichern zu lassen verpflichtet sey? im Archiv des HR. B. 1. n. 3.)

Andere dagegen sind der Meinung, daß der Empfänger der Waare unbedingt verpflichtet sey, diese versichern zu lassen: weil unter den Kaufleuten Treue und Glaube erfordern, das Interesse des Andern wahrzunehmen.

Noch Andere: als Benecke, (a. a. O. Th. 1. S. 348 — 351.) halten ihn nur in folgenden Fällen für verpflichtet.

1) Wenn der Beauftragte hinreichende Effecten seines auswärtigen Correspondenten in Händen hat. Unbedingt

läßt sich dieß nicht annehmen. Freilich kann der Eigenthümer derselben beliebig über ihre Verwendung verfügen; allein ein Assecuranzauftrag enthält ja noch mehr als die bloße Verfügung, die Prämie an dem Assecurateur auszuzahlen, und eben zur Ausführung dieses Uebrigen ist der Beauftragte nicht deßhalb schon verpflichtet, weil er die Effecten besitzt.

2) Wenn er mit demselben in solchem Geschäftsverkehr steht, daß dieser gewöhnt gewesen ist, seine Assecuranzaufträge an jenen einzusenden, und jener sie auszurichten.

Allein dieß ist eigentlich keine Ausnahme; denn hier liegt eine fortdauernde Geschäftverbindung, und dadurch ein stillschweigender Vertrag zum Grunde. Indessen gilt dieß nicht dann, wenn wirklich besondere Gründe vorhanden seyn sollten, eine einzelne Versicherung nicht zu besorgen; die aus der allgemeinen Geschäftsverbindung herrührende Verpflichtung kann, eben weil sie an sich immer etwas Unbestimmtes hat, nur auf gewöhnliche Fälle gehen.

3) Wenn er die Connossomente mit einem Versicherungsvertrage als die Bedingung, unter welcher er allein die Conossomente annehmen soll, zugesandt erhält.

Diese Ausnahme kann am wenigsten Bedenken finden.

Der Aufstellung der Fälle fehlt es durchaus an einem allgemein leitenden Princip, und so lange dieß fehlt, wird man in einzelnen Fällen immer schwanken.

§. 345. (M. §. 211. n. 3.)

Es ist als ein naturale des Assecuranzvertrags anzusehen, daß der Eigenthümer der versicherten Güter unbekannt seyn kann.

Bei Entscheidung der Frage: ob es den Rechten nach erforderlich sey, daß sich der wahre Eigenthümer des versicherten Schiffes oder der Waare bei Schließung des Assecuranzvertrags nenne, können die Bestimmungen des römischen Rechts von der Natur der Stipulationen nicht zur Anwendung kommen, sondern es ist vielmehr auf die Verabredung der Contrahenten, dann auf die Natur des Ver-

sicherungsgeschäfts und auf die Observanz unter Kaufleuten Rücksicht zu nehmen. Aus diesen ergiebt sich:

1) daß die wesentliche Absicht des ganzen Assecuranzgeschäfts dahin gerichtet ist, daß der Eigenthümer des Schiffes oder der Waaren gegen alle Gefahr gesichert werden soll, sonach nicht jeder Benannte, sondern allein dieser sich daraus die Versicherer verbindlich macht.

2) Weder die Natur des Assecuranzvertrags, noch die vorhandenen Assecuranzordnungen erfordern, daß der Eigenthümer des Schiffes oder der Ladung den Contract in eigener Person oder unter seinem Namen schließen soll, im Gegentheil bringt es eine ganz gemeine Handelspolitik mit sich, daß die Eigenthümer solchen nicht auf ihren eigenen Namen stellen sollen.

b) Schwedische Assecuranzordnung. Art. 4. §. 2. Hamburgische Assecuranzordn. tit. 1. Art. 4. §. 1.

3) Kann es dem Assecurateur ganz gleichgültig seyn, wer der Eigenthümer des von ihm versicherten Gutes ist, indem es bei diesem gewagten Geschäft nicht blos auf solche Contrahenten ankommt, an welche sie allenfalls bei entstehendem Verlust Gegenforderungen zu machen hätten.

4) Damit der Eigenthümer verschwiegen bleibt, ist es gewöhnlich, den Contract mit dem Mäkler abzuschließen.

5) Die in der Polizza gewöhnlich enthaltene Klausel, daß nicht nur die für die benannten, sondern für jeden, den es sonst insgesammt oder zum Theil angehen möge, er sey Freund oder Feind, Niemanden ausgenommen, gegen alle Gefahr gesichert seyn soll, kann nicht dahin gedeutet werden, daß sich der Genannte ausdrücklich für den Mandanten des Ungenannten hätte angeben müssen, wenn letzterer aus dem Assecuranzvertrage ein Recht herleiten wollte; denn sonst würde ja, wenn der Eigenthümer des Schiffes oder der Ladung namentlich erscheint, jene Clausel ganz überflüssig seyn; auch kann nicht angenommen werden, daß aus der gebrauchten Formel eine alternative Verbindlichkeit erwachse, indem nur eine Person in der Polizza wirklich genannt ist, die durch den Ausdruck: „oder wen es sonst ganz oder zum

Theil angehen möchte;" vorbehaltene unbekannte Person aber nicht eher hervortritt, als in dem Augenblick, da der ausdrücklich Genannte eingesteht, daß er nur der Bevollmächtigte des Ungenannten sey, dieser der wahre Eigenthümer und er durch den Contract kein Recht für sich erworben habe.

Auch kommt es ferner nicht darauf an, daß diese Clausel in dem gewöhnlich gedruckten Formulare der Polizza enthalten, indem ja diese Formulare durch Ausfüllung, Unterschrift des Versicherer, und Auslieferung an den Versicherten, die Gestalt und Kraft eines eigenhändig geschriebenen, und nach seinem vollen Inhalte genehmigten Contracts erhalten.

Uebrigens kann jene Clausel keine so buchstäbliche Auslegung und Anwendung leiden, als welche nach dem römischen Rechte bei den contractibus str. iuris eintritt, und die iurisprudentia formularia fordert.

Aus diesen Gründen kann mit Recht angenommen werden, daß der Ungenannte ein Klagerecht gegen den Versicherer erhält, so bald er sich dahin legitimirt, daß auf seinen Auftrag von einem Andern die Assecuranz gezeichnet, oder daß ihm das Recht abgetreten werden, ohne daß der Versicherer einwenden kann, daß er nicht versichert haben würde, wenn er die Person des Versicherten gekannt hätte.

Hiermit stimmen überein: Poppe, (Diss. de litium assecurationis causa orientium decisum. C. 1. §. 8.) Sieveking, (de assecurat. marit. in nom. alter. contr. Goett. 1790. deutsch 1791.) Runde, (Beitr. z. deutsch. Recht B. 1. S. 497.) Mittermaier, (a. a. O.) Heiße, (über die Frage: ob derjenige Ungenannte, in dessen Auftrag ein Anderer, ohne ihn zu nennen, durch einen Dritten eine Versicherung besorgen läßt, gegen diesen Dritten ein Klagerecht habe? im Archiv f. d. HR. B. 2. n. 10. S. 226.) s. a. Pr. Landr. Th. 2. tit. 8. §. 2071. Nur Kaufleuten ist erlaubt, mit Verschweigung ihres Namens unter dem Ausdrucke: an Zeiger dieses oder für Rechnung des, dem es angeht, Versicherung zu nehmen. Schunken, (Pr. HR. B. 2. S. 381.)

Das Gegentheil haben angenommen v. Sahme, (Einl. z. Seerecht des Königreichs Preußens Tit. 12. §. 2. S. 37.) Hertius, (de electione ex obligatione alternativa debitori debita. Sect. 1. §. 2. Sect. 2. §. 4.) s. a. Königl. Pr. Seerecht v. J 1727. Kap. 6. art. 3. und die Entscheidung des Hamburger Handelsgerichts im Archiv B. 2. S 233. Zur Unterstützung dieser Meinung werden folgende Gründe angeführt.

1) Es ist bekannten Rechtens, daß ein Contrahent der Regel nach aus einem abgeschlossenen Contract Niemanden verpflichtet als denjenigen, mit welchem und auf dessen Namen der Vertrag nach Inhalt des darüber errichteten Instruments wirklich geschlossen ist: tertio enim, cuius personae in contractu nulla facta est mentio, per liberam personam obligatio non adquiritur, nec unquam in contractu persona comprehensa censetur, nisi eiusdem mentio expresse fuerit facta. L. 126. §. 2. in fin. D. de verb. obl.) Hertius, (D. de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii. §. 4.)

2) Würde der Versicherer in gewissen Fällen die gegen den Contrahenten habende Einrede, z. B die exceptio compensationis verlieren, wenn ihm ein anderer Contrahent untergeschoben würde, von dessen theilhabenden Rechten ihm bei Abschließung des Vertrags nicht das Mindeste bekannt worden.

3) Die angeführte Clausel ist einer alternativen Formel gleich zu achten, aus welcher ihrer Natur nach sowohl dem principaliter nominato, als dem adiecto die Zahlung rechtmäßig geleistet werden kann, den Schuldner aber wegen der alternativen Verbindlichkeit, worin er nach solcher Formel steht, die freie Wahl zukommt, welchem von beiden er die Zahlung leisten will: nam si expediat magis uni solvere quam alteri, electio erit debitoris. Hertius, Diss. de elect. ex obligat. alternativa. Sect. 2. § 4.

§. 346 a. (M. §. 212. n. 1 b.)

Das Leben eines Menschen kann nur in sofern versichert werden, als ein Geldinteresse davon abhängt.

Es kann ein Jeder sein eigenes Leben, das Leben seiner Anverwandten und eines Dritten versichern lassen, wenn es nur gewiß ist, daß letzterer ein besonderes Interesse an dessen Leben hat. Es kann ein Gläubiger, wenn er nur die persönliche Sicherheit seines Schuldners hat, das Leben desselben versichern lassen, doch kann er von der versicherten Summe nur so viel fordern, als er durch den Tod seines Schuldners wirklich verliert. Wegen Spielschulden darf nach englischen Gesetzen das Leben des Schuldners nicht versichert werden. Marchall Book a tretise on the law of insur. Lond. 3ed. 1823. III. Ch. 3.

Hiermit stimmen überein: Pardessus, (cours II. p. 303.) Themis, (Vol. IV. p. 339.) Beneke, (a. a. O. Th. 4. S. 542.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen wegen der L. 3. D. si quadrupes paup. L. 2. §. 2. D. ad legem Rhodiam an: Bynkershök, (Quaest. iur. P. IV. c. 1.) Emerigon, (a. a. O. 1. p. 198.) Boulay Paty, (a. a. O. VIII. p. 368. 496 — 505.) Delvincourt, (droit. com. II. p. 345.) Pothier, (traite n. 27) a. Amsterdamer Assecuranzordn. §. 10.

Das pr. Landr. Th. 2. tit. 8. §. 1973. hat Versicherungen auf das Leben dritter Personen, welche nicht Aeltern, Kinder, Ehegatten oder Verlobte sind, beschränkt und gerichtliche Einwilligung vorgeschrieben. In den Motiven zum Entwurf des pr. GB. (Th. 1. Abth. 2. tit. 3. §. 1566. S. 299.) wird bemerkt: „Versicherungen auf das Leben eines Dritten sind den Grundsätzen und der Analogie des gemeinen Rechts zuwider; sie können dem Dritten, auf dessen Kopf sie geschlossen sind, gefährlich werden. Die Erlaubniß dergleichen Versicherungen zu nehmen, wird daher billig nur auf solche Personen eingeschränkt, denen der Regel nach an der Conservation des Versicherten mehr gelegen seyn muß, als an der Erhaltung des gezeichneten Quanti."

§. 346 b. (M. §. 213.)

Wenn der Versicherte durch ein Versehen in Datirung des Ordre-Briefes die Angabe über die Abfahrt des Schiffes nicht richtig macht, so entsteht eine Nichtigkeit des Assecuranzvertrags.

1) Daß jede Verletzung der bona fides, jede wissentliche Angabe falscher Nachrichten, absichtliche Verschweigungen, falsche Darstellungen den Assecuranzvertrag vernichten, ist unbedenklich.

2) Daß eine unabsichtliche Verschweigung so wie eine unabsichtliche Anzeige dieß ebenfalls bewirkt, ist darum unbedenklich, weil Irrthum und Versehen gleiche Wirkung wie die bloße Absicht haben, und den Vertrag annulliren. Daß nun aber ein wesentlicher Irrthum dann vorhanden ist, wenn der Tag oder der Ort der Abfahrt, oder der Tag, an welchem das Schiff zuletzt gesehen worden, unrichtig angegeben wird, ist wohl unbedenklich.

Hiermit stimmen überein: Benecke, (System der Assecuranzen. Th. 3. S. 131.) Parck, (System of the law of marine insurance p. 174 — 76.) Weskett, (Theorie und Praxis der Assecuranzen, übers. v. Engelbrecht Th. 1. S. 21.)

Diejenigen, welche das Gegentheil annehmen, unter Andern: Kleinwort, (Abh. über die Frage: Befreit den Versicherer die unabsichtliche falsche Angabe des Tages der Abfahrt eines versicherten Schiffes von seiner Verbindlichkeit, wenn das Schiff nachher verunglückt? im Archiv d. HR. B. n. 15.) unterstützen ihre Meinung dadurch, daß die unabsichtliche Verschweigung und unabsichtliche unrichtige Angabe

1) als ein Irrthum in den Beweggründen zur Schließung des Contracts anzusehen sey, welcher nach dem gemeinen Recht (L. 3. §. 7. D. de cond. causa d. c. n. 5. L. 65. §. 2. D. de cond. ind. L. 49. D. mandati) keinen Einfluß auf das Bestehen desselben habe;

2) Ein verschuldeter Irrthum des Versicherten eine Klage auf Schadenersatz begründen können nicht aber auch die Aufhebung des Contracts; der Assecurateur sey frei-

lich zur Zahlung verpflichtet. Der mit der Widerklage zu erlangende Schadenersatz könne den Umständen nach entweder darin bestehen, daß der Assecurateur zu einer höhern Prämie gezeichnet, oder es auch ganz unterlassen hätte; im letztern Falle würde er die für den Schaden gezahlte Summe zurück fordern können, jedoch natürlich unter Abzug der erhaltenen Prämie; dieß ließ sich nach der strengen Theorie annehmen.

Allein diese Gründe sind unwichtig.

§. 347. (M. §. 213. not. 6.)

Wenn der Versicherte ein Ausländer ist, der durch einen Einheimischen versichern läßt, so braucht er von dem Unfalle, welchen das Schiff erlitten, blos seinem unmittelbaren Geschäftsführer Nachricht zu ertheilen.

Wenn der Versicherungsvertrag nicht unmittelbar von dem Versicherer und Versicherten abgeschlossen wird, sondern Letzterer auswärts wohnt und die Versicherung von seinen Geschäftsfreunden besorgen läßt, so braucht er, in sofern ihm von seinem unmittelbaren Geschäftsführer dessen Substituten nicht bereits nahmhaft gemacht worden, die Nachricht von dem Unfalle nicht direct an den Ort, wo die Versicherung besorgt wird, gelangen zu lassen; sondern die Assecuranz bleibt bei Kräften, wenn er ungesäumt seinen Mandatar, und dieser wieder unaufgehalten weiter seinen Substituten davon in Kenntniß setzt. Denn es würde offenbar unangemessen seyn, wenn man den Assecurirten zu einer directen Benachrichtigung verpflichten wollte, wo er vielleicht gar nicht einmal weiß, auf welchem Handelsplatze und noch weniger, von und bei wem dort seine Assecuranz besorgt werden soll. Dagegen kann es aber auch nicht genügen, wenn blos der Versicherte, oder wenn blos dessen Mandater den Unfall, so wie ein Jeder von ihnen denselben erfahren, zeitig einberichtet, der Eine oder der Andere von ihnen aber mit der Benachrichtigung gesäumt hat; denn wenn auch die Reihe der Mittelspersonen sich verlängert, so ändert das doch an den Principien nichts, daß der Committent und der Stellvertreter dem Assecura-

teur zur treuen und schleunigen Angabe der vorhandenen für die Versicherung erheblichen Umstände gehalten sind. Der Versicherte kann daher keine Ansprüche an den Versicherer machen, wenn die Nachricht von dem eingetretenen Unfalle schon vor Unterzeichnung der Police am Wohnorte des Versicherers hätte angelangt seyn können, in so fern nur er selbst oder sein Commissionair, oder wer sonst noch in die Reihe der Mittelspersonen folgt, sich hierbei keiner Zögerung hätte zu Schulden kommen lassen; auch ist es im Betreff dieser Zögerung ganz gleichgültig, ob der Mittelsperson die Nachricht von dem Unfalle durch ihrem Vormann zu gegangen, oder ob ihr derselbe auf eine andere Weise bekannt geworden ist.

Jurist. Abh. v. Heiße und Cropp. B. 1. n. 8. Pflicht des auswärtigen Ordregebers einer Versicherung, den eingetretenen Unfall schleunigst einzubringen.

§. 348. (M. §. 214.)

Von der Pflicht des Versicherten zum Anzeigen.

Wenn man auf den Zweck der Anzeigen sieht, die der Versicherte an den Versicherer zu machen hat, so ergeben sich drei verschiedene Arten.

1) Die erstern sind die, welche der Versichernde machen muß, um den Assecurateur in den Stand zu setzen, die Gefahr, welche er zu tragen übernehmen will, gehörig kennen zu lernen. Zu dem Ende muß er ihm alle Nachrichten, welche er von dem Schiffe hat, auf das allergetreueste mittheilen, indem die Verheimlichung die Nichtigkeit des Vertrags nach sich zieht, ja oft den Verlust der Prämien.

2) Zu den zweiten Arten gehören die, welche nach geschlossenem Contract erfolgen, um den Assecurateur von den Vorfällen zu unterrichten, welche irgend einen Einfluß auf seine Verbindlichkeiten aus dem Contracte haben können, und um zugleich seinen Willen darüber zu vernehmen, wie ein drohender Schaden möglichst abgewandt, oder ein entstandener verringert werde. Wenn gleich durch Unterlassung dieser Art der Anzeigen kein besonderer Nachtheil entsteht,

so würde doch in dem Falle, wenn der Versicherte eine Nachricht mitzutheilen versäumte und selbst dem Schiffer Verhaltungsregeln ertheilte, welche jedoch nicht wegen ihrer eigenen Untauglichkeit einen unglücklichen Ausgang hatten, der Versicherer nicht zum Schadenersatz verbunden seyn.

3) Zu der dritten Art der Anzeigen gehören die, welche wegen eines sich ereignet habenden nicht mehr zu bessernden Schadens, er mag nun in der Verunglückung oder theilweisen Beschädigung des versicherten Gegenstandes, oder in Rücksicht desselben aufgewendeten Kosten bestehen, gemacht worden. Sie geschehen deßhalb, um sich die dereinstige Einforderung des erlittenen Schadens zu sichern.

Sind diese Anzeigen nicht gemacht, so erfolgt der Verlust der Forderung.

Sehr oft fallen die beiden letzten Arten zusammen, den nicht undenkbaren Fall ausgenommen, wenn nach einem dem Versicherer zur Last fallenden Ereignisse durch besondere Umstände (etwa durch Verkauf eines Theils der beschädigten, in sehr hohem Preise stehenden Waare) so viel dabei gewonnen wird, daß die Kosten dadurch gedeckt würden. Ist indessen der Schade in der gehörigen Zeit nicht angedient, so hat dieß auf das Bestehen des Contracts keinen Einfluß. Sollte sich später ein Schaden ereignen, so bleibt der Versicher dafür verhaftet.

Hiermit stimmen überein: Benecke, (a. a. O. Th. 3. S. 90.) Kleinwort, (Abh. Ist der Assecurateur verpflichtet, Kosten, welche durch Zurückweisung des Schiffers von blokirten Bestimmungshäfen entstanden sind, zu bezahlen, wenn der Schiffer gegen erhaltene Ordre, obgleich zum Vortheil des Versicherers gehandelt hat? Im Archiv d. HR. B. 1. not. 29.)

§. 349. (M. §. 216. n. 2. a.)

Wenn die versicherte Reise geändert wird, so ist der Versicherungsvertrag auch dann aufgehoben, wenn der Schiffer auf den ordentlichen Weg zurückkehrt.

Mag der Schiffer sich einer größern oder geringern Abweichung zu Schulden kommen lassen, so ist doch diese

als eine neue Reise anzusehen, auf welche der Assecuranzvertrag nicht zu beziehen ist. Durch diese Abweichung vom ordentlichen Wege ist der Vertrag aufgehoben, und kann auch dann nicht wieder zu Kräften kommen, wenn der ordentliche Weg wieder eingeschlagen ward. Durch die Veränderung entsteht eine Verzögerung der Reise, wird dadurch eine Gefahr veranlaßt, so ist der Versicherer von dem Schadenersatz frei. Nach dem Wesen des Versicherungsvertrags übernimmt der Versicherer die Gefahr einer genau in Rücksicht ihres Anfangs, Fortgangs und Endes bestimmten Reise. Jede willkührliche Abweichung, jede Ueberschreitung der Grenze des Vertrags kann nicht mehr der Gegenstand der durch den Vertrag übernommenen Verantwortung des Versicherers sein, wenn man diesen nicht durch zügellose Willkühr Preis geben will.

Einige sind der Meinung, daß die Verbindlichkeit der Versicherer nicht aufgehoben werde, nur sey er nicht verbunden, den Schaden zu ersetzen, welcher auf dem veränderten Wege entstanden sey.

Mit jener richtigen Meinung stimmen aber überein: Emerigon, (traité des assecurances. Th. II. p. 61. 62.) Marchall, (on the law of insurance T. II. p. 394.) Benecke, (Assecuranz und Bodmerei Th. 2. S. 226. 270. 271. 384.) Park, (system of the law of marine insurance p. 314.)

§. 350a. (M. §. 215e.)

Den durch das zufällige Uebersegeln entstandenen Schaden trägt der Regel nach jedes Schiff zur Hälfte.

Wenn in den Seegesetzen keine besondere Bestimmung enthalten ist, so ist das römische Recht zur Anwendung zu bringen, nach welchem ein Jeder verbunden ist, den Schaden zu tragen, der durch Zufall entstanden ist; (L. 29. §. 25. D. ad leg. Aquil.) ein Grundsatz, den auch der Code de commerce art. 407 anerkannt hat, doch soll in dem Falle, wenn über das Ansegeln Zweifel obwaltet, der Schaden getheilt werden.

Allein sowohl die Rechtsgelehrten als mehrere Particulairgesetze haben diesen Grundsatz verlassen.

Nach den Dänischen Gesetzen (König Christian V. Dänisches Gesetz B. IV. C. 3. art. 3. 45.) soll der Schaden über beide Schiffe vertheilt, jedoch nach Billigkeit und nach ehrlicher und seeerfahrner Leute Gutbefinden, also nicht gerade von jedem Schiffe zur Hälfte getragen werden.

Nach dem Pr. Landrecht Th. II. tit. VIII. §. 1911. soll, wenn zwei unter Segel sich befindende Schiffe ohne grobes Verschulden des einen oder andern Schiffers auf einander segeln oder stoßen, dergestalt, daß eines oder das andere oder beide Schaden leiden, der Verlust und Schaden berechnet, und zusammen geschlagen werden, wovon denn nach dem §. 1912. von der ganzen Summe jedes Schiff die Hälfte trägt.

Einige als: Bynkershöck, (Quaestiones iuris priv. L. IV. C. 22.) Benecke, (System der Assecuranz und des Bodmereiwesens Th. 3. S. 441. 442.) sind der Meinung, daß unterschieden werden müsse: ob beide Schiffe sich im Laufe befunden, oder eines vor Anker gelegen und das andere im Laufe gewesen; im erstern Falle müßten beide den Schaden zur Hälfte tragen, im letztern Fall sey aber Schadenersatz von dem Schiffer zu leisten, dessen Schiff sich im Laufe befunden habe.

Allein jene Meinung, welche in dem römischen Recht enthalten ist, ist die richtigere, welche unter Andern Kosegarten, (im Archiv des Handelsrechts B. 1. S. 34.) vertheidigt.

§. 350b.

Der Versicherer ist verbunden, den Schaden, der durch das Uebersegeln entstanden, zu ersetzen, und der Versicherte ist nicht verpflichtet, für den Versicherer den Prozeß zu führen.

1) Nach dem Wesen und Zweck des Versicherungsvertrags tritt der Versicherer durchaus an die Stelle des Versicherten und die Unterzeichnung der Police bewirkt für den Fall eines Unglücks völlige Schadloshaltung des letztern.

2) Der Assecurateur ist verbunden, den erlittenen und gehörig erwiesenen Schaden zu ersetzen, und der Versicherte hat sofort nach ertheilter Anzeige desselben die Befugniß, diesen Ersatz zu fordern. In diesem Obligationsnexus wird dadurch nichts geändert, daß der letztere wegen des erlittenen Schadens einen Regreß gegen einen Dritten zu nehmen befugt ist; denn der Schade ist für den Versicherten, dieser Rechtswohlthat ohnerachtet, bereits mit dem Tage des geschehenen Unglücks eingetreten.

3) Sollte der Versicherte angehalten werden können, erst den Dritten auszuklagen, ehe er seinen Regreß an den Versicherer auf Schadenersatz nehmen könnte, so müßte der Versicherte offenbar ein Kapital aus seiner Handlung für die ganze Zeit eines vielleicht sehr weitläuftigen Prozesses entbehren, wodurch ihm leicht ein Nachtheil erwachsen könnte, welchen der Versicherer zu ersetzen außer Stande wäre und welchen zu entgehen, er den Versicherungsvertrag abgeschlossen hat.

Hieraus ergiebt sich, daß der Versicherte nach den allgemeinen Grundsätzen keineswegs verbunden ist, für den Versicherer Prozesse zu führen, sondern dieser sofort zur Zahlung angehalten werden kann; doch kann der Versicherer nach den allgemeinen Bestimmungen von dem Versicherten die Cession der Klage gegen den Dritten verlangen, der zum Schadenersatz verbunden ist.

Mit dieser Theorie stimmen überein: Langenbek, (Anmerk. über Schiff- und Seerecht v. 1727. S. 417.) Trummer, (Abh. über die Frage: ob und in wiefern ein Versicherter in Ueberseglungsfällen verpflichtet sey, für seinen Versicherer gegen den Rheder und Befrachter des erhaltenen Schiffes Klage zu erheben? Im Archiv des Handelsrechts B. II. n. XVII.)

In der Praxis ist dieser allgemeine Grundsatz in sofern gemäßigt, daß dem Versicherer nach erhaltener Anzeige des Unglücks eine gewisse Frist zur Bezahlung gestattet ist, z. B. nach der Hamburger Assecuranzord. tit. 16., zwei Monate. s. Benecke, (a. a. O. B. 4. S. 355.)

§. 350. c. (M. §. 216.)

Wenn von der Wegnahme des Schiffes und von dem Abandon Nachricht kommt, daß der Versicherte das Schiff wieder erhalte, so kann er nach der Meinung Emerigon's (1. 487. lit. 179.) dennoch abandonniren; s. a. Boulay, (IV. p. 226.) Das Gegentheil nimmt an: Pardessus, (Cours III. p. 362.)

§. 351. (M. §. 218.)

Die Natur des Bodmereivertrags wird nicht geändert, wenn die gewöhnlichen Zinsen stipulirt sind.

Der Bodmereivertrag ist derjenige Darlehnsvertrag, welcher unter der Verpfändung des Schiffes (auf den Boden des Schiffs) oder der Ladung desselben mit der Bedingung abgeschlossen wird, daß nur dieses verpfändete Schiff oder die Ladung während einer Reise für die Zahlung haften soll.

Der Ausleiher übernimmt also die Gefahr für die bestimmte Reise, und die Wiederbezahlung hängt von dem Schicksale des verbodmeten Gegenstandes auf dieser Reise ab.

Der Bodmereivertrag unterscheidet sich von einem gewöhnlichen Darlehns = und Pachtvertrage im wesentlichen dadurch, daß das Recht des Bodmereigebers sich auf die Existenz und den Werth des verpfändeten Gegenstandes für die Dauer einer bestimmten Zeit beschränkt, und der Ausleiher darüber hinaus nicht persönlich verhaftet ist. Zu Folge dieser Eigenthümlichkeit gehört,

1) daß die Rückzahlung des Kapitals und der Zinsen sofort nach Beendigung der Reise, für welche die Gefahr übernommen, geschehen müsse. Eine Frist der Rückzahlung kann noch besonders bedungen seyn;

2) daß der Bodmereigeber in Stipulirung der Zinsen, welche im Ganzen als ein Ersatz für die Uebernahme der Gefahr anzusehen sind, nicht an die gewöhnlichen und gesetzlichen Zinsen gebunden ist.

Wenn nun die gewöhnlichen Zinsen stipulirt sind, so könnte zwar die Vermuthung gegen den Bodmereivertrag entstehen, allein diese kann doch nicht einen sichern Schluß begründen, da die Größe des Zinsmaaßes nicht als ein

wesentlicher Theil des Bodmereivertrages anzusehen ist und ein Bodmereigeber sich auch geringere Zinsen stipuliren lassen kann, ohne dadurch auf die Rechte der Bodmerei zu verzichten.

Hiermit stimmt überein: Kosegarten, (Abh. vom Wesen des Bodmereivertrags im Archiv des HR. B. 1. not. V.)

Mehrere aber nehmen das Gegentheil an, unter andern Mittermaier, (a. a. O.)

§. 352. [a] (M. §. 219.)

Die Einrede, daß der Schiffer nicht in dringender Noth gehandelt, kann dem Inhaber des Bodmereibriefs nicht entgegen gesetzt werden.

Die römischen Gesetze gestatten dem Geber der Bodmerei keine Klage gegen den Rheder, wenn die Ausbesserung des Schiffes, zu welcher das Geld angeliehen wurde, nicht wirklich nothwendig war; (L. 7. D. de exercit. act.) daher sind auch Einige als: Boulay Paty, (droit comercial maritime Vol. III. p. 33.) der Meinung, daß dem Inhaber des Bodmereibriefes der Einwand entgegengesetzt werden könnte, daß der Schiffer diese Gelder nicht in dringender Noth aufgenommen habe. Allein mit Recht wird dagegen von Abbot, (P. II. Ch. 3. §. 27.) Valin, (a. a. O. art. 19. Tit. du capit.) und Benecke, (a. a. O. S. 453.) bemerkt, daß der Geber für die nützliche und richtige Verwendung der Gelder, so wie auch darum sich nicht zu bekümmern brauche, ob der Nehmer in einer wirklichen Noth sich befunden habe. Der Geber behält alle Ansprüche an den Rheder, welche sein Bodmereibrief ihm gewährt, wenn er nicht wissentlich dem Kapitain mehr, als nöthig war, geliehen, und also nicht an dem Betrug desselben Theil genommen oder sich wenigstens einer groben Vernachlässigung schuldig gemacht hat. Hiermit stimmt auch überein: Code de commer. Art. 236. Hamburg. Statuten, (tit. 18. Art. 4.) Das Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 2388. 89.

§. 352[b].

§. 352b. (M. §. 219.)

Der Bodmereigeber erhält ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Schiffe.

Das nauticum foenus unterscheidet sich von der Bodmerei auch dadurch, daß letzteres mit einer Verpfändung des Schiffes verbunden ist, nicht aber ersteres.

Die Verpfändung des Schiffes gehört sonach mit zum Wesen des Vertrags, auch steht dem Bodmereigeber offenbar ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Schiffe zu, wenn man nämlich darunter ein solches versteht, das aus den Handlungen des Verpfänders gefolgert werden kann; versteht man aber unter stillschweigendem ein gesetzliches, so kann dieß nicht behauptet werden. Denn die Bestimmung des römischen Rechts (L. 1. D. in quib. caus.) daß demjenigen, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes ein Darlehn gegeben, ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Gebäude zustehe, kann auf diesen Fall nicht bezogen werden.

Hiermit stimmen überein: Jacobson, (Seerecht S. 495.) Schmalz, (Lehrb. des deutsch. PR. §. 336.) Meißner, (vollst. Lehre v. stillsch. PR. Th. 1. §. 84.)

Das Gegentheil nehmen aber an: Stypmann, (de adsecuratione in f. iure maritim. n. 56. p. 413.) Bodini, (Diss. de bodmeria Th. 23. u. 24.) v. Glück, (Pandecten-Commentar. Th. 22. S. 218.)

§. 353. (M. §. 220.)

Der jüngere Bodmereigeber hat den Vorzug vor dem Aeltern.

Der Vorzug des jüngern Bodmereigebers wird dadurch begründet, weil zu vermuthen ist, daß ohne dieses Darlehn das Schiff seine Reise gar nicht hätte fortsetzen können, und sonach durch die Darleihung das Beste des Handels befördert ist: zugleich aber wird dadurch auch die ältere Hypothek erhalten.

Langenbek, (a. a. O. S. 280.) Martens, (Handelsrecht §. 199.) Eisenhart, (Gr. d. deutsch. R. in Sprüchwörtern S. 412.)

§. 354. (M. §. 220.)

Die Lohnforderung des Schiffsvolkes (Volkshauer) hat den Vorzug vor der Bodmerei.

Der Volkshauer ist eben so begünstigt als das Miethgeld des Gesindes, genießt die nämlichen Vorzüge und ist von allen Lasten der Regel nach frei. Der Vorzug desselben vor der Bodmerei wird dadurch begründet, weil

1) die Ladung des Schiffes und das Schiff selbst erst nach Entrichtung des Volkshauers zum Beitrag zur großen Haverei verpflichtet werden kann;

2) durch Leistung der Dienste des Schiffsvolkes das verbodmete Schiff und die Waare zu ihrem Bestimmungsort gebracht werden, sonach das Beste des Bodmereigebers befördert, sein Recht dadurch gesichert wird.

Benecke, (a. a. O. Th. 4. S. 510.) Langenbek, (a. a. O. S. 281.) Kefaker, (Sammlungen Hamb. Ges. Th. 7. S. 235.) Kosegarten, (Abh. über die Frage: vom Vorzug der Volkshauer vor der Bodmerei und andern Pfandforderungen. im Archiv d. HR. B. 1. S. 68. u. f. f.)

§. 355. (M. §. 221. n. 3.)

Ist kein totaler Schaden erfolgt, so ist der Werth des Geborgenen auf die Zahlung der Bodmereisumme in Abzug zu bringen.

Wenn ein totaler Schaden nicht erfolgt ist, sondern nur ein Theil der verbodmeten Gegenstände, so hängt es nicht von dem Bodmereinehmer ab, ob er das Uebrige dem Bodmereigeber überlassen, oder ob er es behalten, und den Werth desselben in Abzug an die Bodmereisumme bringen will: denn 1) kann hierdurch der große Nachtheil für den Bodmereigeber entstehen; 2) ist kein Gläubiger verbunden, eine Sache an Zahlungsstatt zu nehmen, wenn er nicht ausdrücklich oder stillschweigend darein consentirt hat. (L. 17. C. de solut.. L. 2. §. 1. D. de reg. iur.) Willenberg, De datione in solutum Ged. 1728.) Dabelow, (Handbuch des röm. Privatrechts Th. 2. Abth. 2. §. 1394.)

Hiermit stimmen überein: Benecke, (System des

A. u. Bod. Th. 4. S. 498.) Emigeran, (traité des assecurances. Paris; 1784. Ch. II. p. 548.) Boulay Paty, (Traité des assecurances. Par. 1827. Vol. III. p. 180. f. a. Code de commerce art. 827. En cas de naufrage, le paiement des sommes empruntées a la grosse est reduit a la valeur des effects sauvès et affectès au contrat, deduction faiti des frais de sauvetage.

Das Gegentheil ist unter andern angenommen: im preuß. Landrechte Th. 2. tit. 8. §. 2427. „Ist nur ein Theil verunglückt, so hängt es von der Wahl des Nehmers ab, die Bodmereischuld zu bezahlen, oder dem Geber die verbodmete Sache zu seiner Befriedigung zu übergeben.“

§. 356a. (M. §. 223.)

Der Schaden, welcher einem Schiffe durch den Angriff der Kaper oder Seeräuber zugefügt wird, gehört zu der großen Haverei.

Mehrere als: Cleirac, Targa, Emerigon, (a. a. O. 1. 627.) Magen, (Versuch über Assecuranzen. Hamb. 1753. Kap. 47.) und Andere sind der Meinung, daß dieser Schaden zu der Particulair-Haverei darum gehöre, weil das Zusammentreffen mit Kapern eben so zufällig als das Festgerathen auf eine Sandbank oder ähnliche Unglücksfälle sey; dann sey der Schaden, welchen man absichtlich zur Abwendung und Verminderung des Unglücks erleidet, zur großen Haverei zu zählen, nicht aber der, welcher von Außen her ohne freiwillige Mitwirkung der Besatzung geschieht; sonach sey blos der Schaden, welchen die Besatzung dem eigenen Schiffe zugefügt, um sich besser vertheidigen zu können, große Haverei, nicht aber der, welchen das Schiff oder die Waare durch feindliche Kugeln erleidet.

Dagegen nehmen aber Valin, (Comment. sur l'ordonnance marit. Rochelle 1760. Tit. des Avaries art. 6.) und Beneke, (a. a. O. S. 79.) die entgegengesetzte Meinung an. Wenn ein Schiff in die Nähe des Feindes kommt, so ist es noch nicht verloren, sondern nur in Gefahr, daß es geschehen könnte. Wenn der Schiffer die Anker kappt,

wenn er werfen oder das Schiff stranden läßt, um dem Feinde zu entgehen, so gehört der dadurch entstandene Schaden zu der großen Haverei; so wie nun durch jene Mittel die Rettung des Ganzen bezweckt wird, so ist es auch mit der Vertheidigung des Schiffes der Fall, und es wäre unbillig, wenn der daraus entstandene Nachtheil einen Einzelnen, besonders den Schiffseigenthümer treffen sollte, da doch der Nutzen dem Ganzen zu Gute kommt. Es ist allerdings wahr, daß der Schaden, den die Kugeln des Feindes anrichten, ein von Außen und wider den Willen des Schiffers zugefügter Schaden ist, allein er ist doch eine Folge des gefaßten Entschlusses sich zu vertheidigen und kann als solcher für einen freiwillig erlittenen Schaden angesehen werden. Auch ist der Grundsatz, daß der Schaden, welcher von Außen kommt, nicht zur großen Haverei gehört, zu verwerfen, denn sonst müßten auch die Segel und Geräthschaften nicht dazu gerechnet werden, welche beim Prangen des Schiffes wegfliegen oder zerbrechen. Hiermit stimmt auch die Hamburgische Assecuranzordnung tit. 21. Art. 9. n. und das Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 1835. überein.

§. 356 b. (M. §. 223.)

Wenn der Versicherer durch besondere Clauseln sich für gewisse Fälle vom Ersatz der particulären Haverei ganz oder theilweise losſagt, so ist er doch bei einem geladenen Schiffe den zur großen Haverei gehörenden Schaden und Kosten, auch bei einem im Ballast fahrenden Schiffe, das Volle zu erstatten, verbunden.

Nach dem Grundsatz der Lex Rhodia de iactu: ut omnium contributione sancitur, quod pro omnibus datum est, und nach der Hauptwirkung des Unterschieds zwischen großer und particulären Haverei, der sich darin zeigt, daß die in erstere fallenden Schaden und Kosten vom Schiff und Ladung gemeinschaftlich getragen werden müssen, gehört allerdings zum vollständigen Begriffe der großen Haverei, daß die zur Abwendung der drohenden Gefahr gemachten Aufopferungen zum gemeinsamen Besten von Schiff und Ladung gemacht und beiden zu Gute kommen müssen; in

diesem genauern Begriff kann freilich bei einem mit Ballast fahrenden Schiffe von großer Haverei nicht die Rede seyn.

Wenn man aber 1) den Unterschied blos auf die Natur und Veranlassung der Schaden und Kosten bezieht, so kann auch bei einem mit Ballast fahrenden Schiffe von größerer und particulärer Haverei die Rede seyn, und es ist unrichtig, wenn in diesem Falle blos eine particuläre Haverei angenommen wird. Es entsteht zwar für den Versicherer eines mit Ballast fahrenden Schiffes ein größerer Nachtheil, als wenn es beladen ist, indem im letztern Fall ein großer Theil des Schadens von der Ladung mitgetragen wird, allein hierauf wird schon bei Bestimmung der Prämie Rücksicht genommen. 2) Es ist ein Grundsatz, daß der zum Behuf der Rettung aus einer Gefahr gemachte Aufwand von demjenigen, dem zu Gute er gemacht ist, verhältnißmäßig ersetzt werden muß. Hieraus ergiebt sich, daß derjenige Rettungsaufwand, welcher lediglich zum Besten des Versicherers gemacht ist, ohne weitere Rücksicht darauf, wohin derselbe übrigens gehören möchte, von diesem erstattet werden muß.

Demnach ist der Rettungsaufwand bei einem im Ballast fahrenden Schiff im Verhältniß zum Versicherer, wenn auch nicht nach der strengen Wortbedeutung, doch wenigstens im Geiste des Rechts zur großen Haverei zu zählen.

Hiermit stimmen überein: Pöhl, (Bemerkungen über Havereigröße. Hamb. 1823. S. 26.) Benecke, (Treatise on the principles of indemnity in marine insurance bottomry and respondentia. London 1824. p. 473.) Er sagt hier: It is the opinion of some, that whencables are ait, or other sacrifices made, to save a schip in ballast from an impending danger, and the loss amounts to less than 3 per cent upon the value of the ship, this is not a charge upon the underwriter, because that only is general average, which is done to preserve the ship and cargo. But y amnot of that opinion. for although in such a ease there can be no general contribution, or general avarage in the usual sense of the word, yet the nature of the loss cannot be altered by the circumstance of there being no

cargo on board; and the true meaning of the words „for the preservation of the ship and cargo“ is, for the preservation of the whole concern, which in that ease congits of the ship and the effects of the marines. Heiße u. Cropp, (jurist. Abh. B. 1. n. 28.)

§. 357. (M. §. 224. n. 7.)

Der Havereibeitrag, welchen der Bodmerist leistet, ist als eine Contributionspflicht anzusehen.

Ob der Bodmerist zum Havereibeitrag verbunden, ob er dazu verpflichtet werden könne, und in wiefern? sind bestrittene Fragen. Einige sind der Meinung, daß der Bodmerist darum von dem Havereibeitrag ganz frei sey, weil er sein Geld auf das Schiff geliehen und es daher unbillig seyn würde, von demjenigen eine solche Wiedererstattung zu verlangen, dessen Geld ohnedem der Gefahr unterworfen ist, daß es verloren geht, wenn das Schiff verunglücken sollte. Diese Meinung, welche in den meisten ältern Seegesetzen aufgenommen ist, vertheidigen: Guidon, (de la mer. c. 19. art. 5.) Park, (of marine insurance p. 99. 423.) Wedderkopp, (ius nauticum Lib. 4. tit. 1.) Eisenhart, (Gr. des deusch. Rechts in Sprüchwörtern. S. 411.)

Dagegen behaupten Andere als: Kessel, (theses p. 180.), daß der Bodmerist blos zum Havereibeitrag für die Waare, nicht aber für das Schiff verbunden sey. Noch Andere, als: Beneke, (System der A. und B. Th. 1. S. 101. und 107.) Mittermaier, (a. a. O.) unterscheiden zwei Klassen der Bodmereien: jene, wo das hingeliehene Geld zum Vortheil des Bodmereinehmers gereicht, ohne den ursprünglichen Werth der verbodmeten Sache zu vermehren, und die, wo das aufgenommene Geld den Werth der verbodmeten Sache vermehrt; in jenem Fall sey der Bodmerist von Tragung der Haverei frei, im zweiten Falle sey es gerecht, ihn die particuläre und gemeine Haverei aufzubürden, indem er hier als Versicherer seines Geldes erscheine. Allein jener Unterschied ist nicht gesetzlich.

Für die Contributionspflicht spricht die Natur der großen Haverei und der Assecuranz, daher ist der Bodmerist der Natur der Sache nach rechtlich zum Havereibeitrag wie zu einer Contributionspflicht verbunden. Eichhorn, (Einl. z. d. PR. §. 116.) s. a. Code de commerce art. 333. Les preteurs a la grosse contribuent: a la decharge des emprunteurs, aux avaries communes. Pr. LR. Th. 1. tit. 8. §. 197. „Sind wegen der vom Geber übernommenen Seegefahr im Bodmereibriefe keine Verabredungen enthalten, so treffen ihn alle die Vorfälle, für welche nach §. 2171. bei Seeversicherung der Versicherer einstehen muß;" (der §. 2171. heißt: die Hauptpflicht des Versicherers besteht in der Vergütung des Schadens, welchen die versicherte Sache bei der übernommenen Gefahr erlitten hat. §. 2425. der Geber haftet für die Seegefahr der verbodmeten Sache gleich einem Versicherer.

§. 358 a. (M. §. 225 b.)

Die Nachverklarung und nochmalige Abhörung der Schiffsmannschaft, als förmliche Zeugen, ist nicht zulässig.

Der Beweis über Vorfälle zur See können nur durch den Schiffer und die Schiffsmannschaft geführt (verklart) werden. Ganz unnöthig ist die Hinzuziehung des Rheders, Ladungsinteressenten oder auch des Versicherers, wenn sie auch an dem Ort, wo der Beweis geführt wird, gegenwärtig sind. Stracha, (tract. de nautis. P. 2. n. 7.) Loccenius, (de iure marit. Lib. III. c. 10. §. 6) Emerigon, (traité de ass. tom. II. ch. 14. sect. 2. §. 4.) Wedderkop, (Int. in ius naut. Lib. VI. §. 3.) Meiersik, (D. de protestu maritimo §. 4. 14.)

Eine nochmalige Abhörung des Schiffers und der Schiffsmannschaft kann aber für zulässig, der Regel nach, nicht geachtet werden. Eine Hauptstütze für die Verklarung liegt im Journal, wonach der Schiffer sie entworfen und nur die erforderlichen Beweise hinzugefügt hat. Dieser Stütze entbehrt die Nachverklarung, welche die Schiffsleute blos nach ihrer Erinnerung abzufassen pflegen. Ueber-

dieß weicht die Form der Verklarung von der gewöhnlichen Zeugenvernehmung ab: es werden die Leute nicht einzeln noch speciell abgehört, auch nicht veranlaßt, den Hergang der Sache zu erzählen; der Gegner ist bei der Vernehmung nicht gegenwärtig, er überreicht keine Fragestücke u. s. w.

Die Verklarungsform kann nur da angewandt werden, wo es die Noth erfordert. Sie erfolgt sogleich, nachdem das Schiff angekommen; einer Verklarung, welche lange nach der Ankunft des Schiffes erfolgt, wird keine beweisende Kraft beigelegt.

Wendet man diese Grundsätze auf die Nachverklarung an, so finden sie sich weder in den Seerechten zugelassen, noch in der Praxis gebilligt, und in den Fällen, wo man einer nähern Aufklärung über die Vorfälle auf der Seereise bedarf, da ist in der Regel die Form einer Nachverklarung hiezu nicht nothwendig.

Wenn die Nachverklarung als unstatthaft nach diesen Gründen zu halten ist, so steht doch der Führung eines bessern Beweises durch nochmalige Abhörung der Schiffsmannschaft, als förmliche Zeugen kein haltbarer Grund entgegen. Zwar gehört die Schiffsmannschaft, wenn sie für den Rheder oder Schiffer Zeugen seyn sollen, zu den verdächtigen, allein wenn die absolute Unmöglichkeit über die Vorfälle auf der Reise andere Zeugen zu haben, es dahin gebracht hat, daß man ihnen in der Verklarung sogar über dasjenige glaubt, was sie zur Rechtfertigung ihres eigenen Verfahrens deponiren, so kann dieses Verhältniß die Leute nicht zum Zeugniß unzulässig machen. Freilich wird es sehr von der Beschaffenheit der Umstände, worüber sie aussagen sollen, abhängig werden, welchen Grad von Glaubwürdigkeit man ihren Depositionen beilegen soll. Auch das kann der Glaubwürdigkeit nicht entgegen stehen, daß sie noch einmal eidlich in der Sache abgehört werden, welches ja nach dem gemeinen Recht in mehreren Fällen zulässig ist. Mevius, (Decis. P. 3. dec. 314.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 5. B. 46.) Selbst das Verbot fernerer Zeugenabhörung nach Eröffnung des Rotulus, (c. 51. X. de testibus) steht im Wege, indem nach gemeinem Recht

selbst die neue Abhörung erfolgen kann, wenn in den ersten Zeugenaussagen sich Dunkelheiten vorfinden, (c. 53. X. de testibus.) Pufendorf, (Obs. T. 2. ob. 109.) Ueberdieß kann ohne große Unbilligkeit diese gesetzliche Vorschrift auf die Verklarung keine Anwendung finden; analogisch würde auch das angewandt werden können, was das canonische Recht von dem Verbote neuer Zeugenabhörungen nach Eröffnung des Rotulus als Ausnahme bestimmt, wenn der Product durch die Deposition erst die Puncte kennen gelernt hat, auf welche der Gegenbeweis zu richten ist; sonach können Dritte, die bei der Abfassung der Verklarung nicht mit gewirkt haben, eine Vernehmung der Schiffsleute als Zeugen zur genauern und vollständigen Ausmittelung dessen begehren, was in der Verklarung nur dunkel oder mangelhaft enthalten und darin wohl gar übergangen ist.

§. 358b. (M. §. 225.)

Der durch Werfung entstandene Schaden muß auch alsdann ersetzt werden, wenn der beabsichtigte Zweck der Rettung nicht erreicht werden sollte.

Die Lex Rhodia de iactu bestimmt in Rücksicht der Verbindlichkeit zur Vergütung des durch einen Seewurf erlittenen Schadens, daß zur Begründung desselben erfordert werde, daß das Schiff wirklich in Gefahr gewesen, die Gefahr zufällig z. B. durch Sturm entstanden, der Seewurf nach dem Urtheile der Sachverständigen nothwendig gewesen, die über Bord geworfenen Waaren wirklich verloren gegangen, und insbesondere, daß das Schiff und die übrigen Waaren auf demselben durch den Seewurf gerettet worden sind. (L. 5. de leg. Rh. s. a. Consulato del mare c. 194.) Diese Bestimmung ist auch in den meisten Seegesetzen aufgenommen: Hamburger Assecuranzordnung (Tit. 22. art. 9. Code de com. art. 423.) Rotterdamer Assecuranzordn. (art. 1. die ord. de bilbao C. 20. art. 16., womit auch im Allgemeinen das Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 1840. u. s. f. übereinstimmt) und auch von vielen Rechtsgelehrten vertheidigt:

als **Emigeron**, (traité des assecurances. Par. 1784. T. I. p. 616.) v. **Glück**, (Pandecten-Com. Th. 14. §. 884. S. 207.) **Mittermaier**, (a. a. O.)

Allein dieser Grundsatz ist der Natur der Sache nich gemäß, da Niemand das Recht hat, die Rettung des Ganzen auf Gefahr eines Einzelnen zu versuchen. Jeder Interessent würde in dem Augenblick der Gefahr, wenn er hätte befragt werden können, gern eingewilligt haben, zur Bezahlung der werfenden Güter auch dann beizutragen, wenn der Zweck der Werfung zwar nicht erreicht, aber das Schiff und die übrigen Waaren auf andere Art gerettet werden konnten. Der Versuch der Rettung war jedem Interessenten etwas werth, mußte also von jedem bezahlt werden. Die geworfenen Güter hätten, wenn sie nicht geworfen worden wären, eben so wie die überigen, aus der Gewalt des Feindes gerettet werden können. Wie könnte man berechtigt seyn, die Güter einiger Eigenthümer aufzuopfern, ohne denselben für die ihnen geraubte Möglichkeit der Rettung dieser Güter in dem Falle einen Ersatz zu geben, da diese Rettung, wenn man nicht geworfen hätte, wirklich statt gefunden haben würde?

Diese nämlichen Gründe finden ihre Anwendung, wenn die Werfung einer Seenoth wegen geschah, aber der beabsichtigte Zweck der Rettung nicht erreicht wurde: wird nichts geborgen, so kann der Eigenthümer des Geworfenen an den Eigenthümer des Verunglückten keinen Anspruch machen, weil sein Gut, wenn es nicht geworfen worden wäre, höchst wahrscheinlich das Schicksal des übrigen getheilt hätte, er also durch die Werfung nichts verloren hat, was er nicht ohnehin verloren haben würde. Wird aber ein Theil geborgen, so kommt dem Eigenthümer des Geworfenen ein theilweiser Ersatz zu.

Diese richtige Meinung haben angenommen: **Weitsen**, (Tract. van Avarien, mit Anmerkungen van Leuwen: Lud. 1672. §. 33.) **Beneke**, (System des Assecuranz- und Bodmereiwesens 4r Bd. S. 18 u. s. f.)

§. 359. (M. §. 226.)

Das Wechselinstitut ist italienischen Ursprungs.

Von Aehnlichkeit des Instituts läßt sich auf das wirkliche Daseyn desselben nicht schließen. Dieß ist aber von Mehrern geschehen, welche das Wechselinstitut auf einem andern als italienischen Boden entstehen ließen.

Einige als: Cajetan, (de cambiis c. v. n. 3.) sehen die Griechen, Andere als: Paiuv und Ayrer, (die Abhandlungen sind den Element. iur. camb. Heinecii. Nürnb. 1764 beigedruckt.) die Römer als Erfinder der der Wechsel an, sich auf Cicero, (epistol. Lib. XII. ep. 24. und L. X. C. 15.) berufend. Allein wäre zu Cicero's Zeiten das Wechselgeschäft bekannt gewesen, so würde er sich wegen der in Rom gezahlten Gelder auf Rechnung seines in Athen studierenden Sohnes nicht Quittung, sondern Wechsel haben geben lassen. Auch die Argentarien trieben Geld=, aber keine Wechselgeschäfte. i)

i) Ueber die Argentarien: außer den Schriften von Huber, Sieber, Kraut, de argentariis et nummulariis. Goett. 1826. v. Glück, P. Com. Th. XVIII. S. 129.

Andere als: Montesquieu, (Esprit des loix XXI. 20.) Arnould, (De la balance du commerce de la France Par. 1791. T. I. p. 21.) Merlin, (Repert. T. VII. p. 415.) sind der Meinung, daß die Juden die Erfinder der Wechsel gewesen, nämlich diejenigen, welche im 13ten Jahrhundert aus Frankreich und England vertrieben, sich nach der Lombardie flüchteten, und durch geheime, Reisenden mitgegebene Briefe an die, welche im Lande zurückgeblieben und ihr Vermögen verwalteten, dieses herauszuziehen suchten, indem diese Briefe in ganz eigener Form, welche der Wechselform ähnlich sind, abgefaßt gewesen.

Noch Andere als: Siegel, (Einl. z. WR. Vorb. §. 7.) halten die Gibellinen, Ramberger, die Genuesen und Venetianer für die Erfinder, und Fischer, (Geschichte d. deutsch. Handels. B. 1. S. 438.) legt die Ehre der Erfindung den Deutschen bei. Allein was die letztere Meinung betrifft, so ist solche hinlänglich

durch Busch, (Handelsbibliotḣ. II. 4. S. 682.) widerlegt. Daß die Wechsel in Deutschland leichten Eingang fanden, weil mehrere accessorische Sicherheitsmittel der Verträge eingeführt waren, (als das Einlager, das Geben des Schuldners zur Hand und Halfter, s. Ortloff, Gr. d. deutsch. PR. §. 294. S. 484.) und ein strenges Verfahren gegen diejenigen statt hatte, welche die in der verbrieften Schuld namhaft gemachte Summe nicht bezahlten, Danz, (Handbuch d. deutsch. PR. Th. 2. §. 209.) ist wohl nicht zu leugnen, aber als Erfinder können die Deutschen nicht angesehen werden. Nach der richtigen Meinung, k) welche unter andern Martens, (Versuch einer hist. Entwickelung des wahren Ursprungs des WR. Gött. 1797.) vertheidigt, sind zuerst die Meßwechsel entstanden.

k) So unmöglich, wie Hedler, (de origine camb. pos. 1.) meint, ist es doch wohl nicht, den Ursprung des Wechselinstituts auszumitteln. Er sagt: cambia definire, quo tempore primùm esse coepoerint, et quis eorum fuerit auctor constituere negotium, est difficile ac perarduum, immo impossibile.

Zwei Umstände gaben zur Entstehung derselben die Veranlassung; ein Mal das strenge Verfahren auf der Messe bei Wechselgeschäften, dann das Münzwesen.

Es lag in der Natur der Sache und in den Meßprivilegien, daß in Ansehung der auf der Messe abgeschlossenen Geschäfte und daselbst contrahirten Schulden ein sehr strenges Verfahren statt haben mußte. Es waren Meßrichter (conservatores nundinarum) angeordnet, Meßgerichte niedergesetzt, und denselben ein sehr einfaches von den Formalitäten entblößtes Verfahren vorgeschrieben. In der letzten Woche der Messe mußten die abgeschlossenen Geschäfte berichtigt werden, wie unter andern Balducci Pegolotti, (della decima et delle altre gravezze della moneta e della mercatura de Florentini sino al secolo XVI. Libona e Lucca 1765) bemerkt hat.

Erfolgte die Berichtigung nicht, so konnte das Meßgericht mit großer Strenge gegen den Schuldner, auf Antrag des Gläubigers, verfahren. Das schnellere Verfahren wurde auch dadurch begründet, weil gewöhnlich die

Meßgeschäfte von tabelliones in Urkunden aufgenommen, und diese als instrumenta guarentiala an sich schon ein schnelleres Verfahren begründeten.

Ein Haupthinderniß des Aufblühens des Meßhandels war im Mittelalter das unvollkommen eingerichtete Münzwesen. Die dünn geprägten Silbermünzen nutzten sich bald ab und dadurch wurde der Handel sehr erschwert.

Hierdurch veranlaßt fing man an, sich als Umtauschmittel der Umtauschbriefe (literae cambitoriae) zu bedienen, Anweisungen auf Geld an bestimmte Personen, welche es ausbezahlen sollten. In dieser Beziehung mag es wahr seyn, daß die Juden an einigen Orten zur Entstehung des Wechselinstituts beitrugen. (Mongalvy et Germain analyse raisonnée du Code de commerce. Par. 1824. Vol. 1.) Auch kommen schon Spuren vor, daß Papier statt baaren Geldes in Umsatz gegeben wurden, z. B. in Venedig 1771.

Vorzüglich trugen aber die Campsoren, Geldwechsler, hierzu bei. Die häufigen Münzveränderungen veranlaßten nämlich die Staatspolizei, die Verwechslung des Geldes nur gewissen von derselben angestellten Personen zu erlauben: dieses waren nun die Campsoren, welche vom Staate in Eid und Pflicht genommen waren; ihren Büchern, welche sie über die Geschäfte, die sie als öffentliche Beamte hielten, wurde eine große Glaubwürdigkeit beigelegt, und die von ihnen ausgestellten Scheine, denen auch das Meßsiegel beigedruckt war, hatten die Kraft öffentlicher Urkunden.

Das Geschäft der Campsoren bestand anfänglich blos in einem Geldwechsel, (cambium minutum.) Allein bei diesem Geschäft blieben sie nicht lange stehen, sondern suchten auf den Messen ihr Geschäft vorzüglich dadurch zu erweitern, indem sie den Kaufleuten Gelder vorschossen. Um nun letzteres Geschäft noch mehr auszubreiten, traten sie mit entfernten Campsoren in Verbindung, errichteten besondere Comtoirs an entfernten Orten. Dem Kaufmanne, der von Messe zu Messe reiste, mußte diese Einrichtung um so mehr erwünscht seyn, da er mit Sicherheit seine Gelder an andern Orten empfangen konnte und keinen Verlust zu

befürchten hatte. Nach Endigung der Messe ging er zum Campsor, erhielt für die gezahlte Summe eine Zahlungsurkunde mit Anweisung auf einen Campsor, der auswärts wohnte, oder da sich befand, wo die Messe gehalten wurde.

Um dem päpstlichen Verbote des Zinsennehmens zu entgehen, wurde in dem Briefe des Campsors bemerkt, daß dem Geschäft ein Geldwechsel und nicht ein Darlehn zu Grunde liege. Nahm nun der auswärtige Campsor die Anweisung an, so hatte das Geschäft ein Ende, fand das Gegentheil statt, so konnte der Inhaber der Anweisung beim Meßgericht auftreten und auf Verhaftung des Campsors dringen, dem er dieses Geld gegeben hatte. Die Verhaftung konnte um so leichter geschehn, indem

1) das Ganze ein Meßgeschäft war, welches mit einer großen Strenge betrieben wurde; s. a. Eichhorn, (Einl. §. 126. not. g.)

2) weil der Brief unter dem Meßsiegel ausgestellt, und

3) weil der Campsor als eine persona publica zu betrachten war. Die Statuten von Piacenza v. Jahr 1391. enthalten hierüber sehr genaue Bestimmungen; s. Martens, (a. a. O. Anhang S. 18.)

Hatte nun aber der auswärtige Campsor die Anweisung angenommen, aber dennoch nicht bezahlt, so konnte gegen ihn eben so verfahren werden, wie gegen den Aussteller. Die Geschäfte der Campsoren breiteten sich immer mehr aus, und sie betrieben solche nicht blos mit Privatpersonen, sondern auch mit dem Staate.

So trug Gregor IX. im Jahr 1233. einem Campsor auf, alle Gelder, welche für den Stuhl in Rom, in England und Frankreich zu erheben wären, einzuziehen. Der Papst Innocenz IV. zahlte in die Bank zu Venedig 2500 Mark Silber für den After-König Raspe, welche Kaufleute in Frankfurth an denselben entrichteten. Philipp der Schöne von Frankreich schloß mit den Vorständen der italienischen Kaufmannschaften zu Florenz und Genua 1294 einen Vertrag dahin, daß sie von jedem auf einer Messe oder sonst ge- oder verkauften Wechsel dem Könige einen Denar

abgeben sollten. Der König Eduard von England, der das baare Geld im Lande behalten wollte, ließ 1307 den an den Papst zu entrichtenden Tribut durch englische Kaufleute übernehmen. Rümer, (foedera, conventiones, — inter reges angl. et alios T. II. p. 862.)

So breitete sich das Geschäft mit den Meßwechseln immer mehr aus, und wurde immer wichtiger. Der Herzog von Brabant ertheilte den Hanseatischen Kaufleuten 1315 ein besonderes Privilegium darüber. Willbrand, (Hanseat. Chronica Abth. 3. S. 19.) Daß die Scheine, welche im Jahr 1246. 1255. 1325. in intalienischer Sprache ausgestellt, wirkliche Wechsel gewesen, (Storch, Handbuch der Nationalwirthschaft übersetzt von Rau Th. 2. S. 65.) läßt sich wohl nicht annehmen.

Das Wechselgeschäft blieb aber nicht blos ein Meßgeschäft, sondern wurde auch außer den Messen betrieben. Anfänglich wurde freilich, um die strenge Verbindlichkeit eintreten zu lassen, fingirt, daß dem Geschäft ein solches zu Grunde liege, welches auf der Messe abgeschlossen sey, allein in der Folge ging man darüber weg und es wurden ohne alle Beziehung auf Messen, Wechsel ausgestellt, welche bei den neuerrichteten, den Meßgerichten ganz ähnlichen Handelsgerichten mit eben der Strenge beigetrieben werden konnten, als bei den erstern geschah, indem auf sie die Priviligien übergegangen waren. Die Campsoren bildeten in der Folge nicht mehr einen eigenen Stand, daher auch die Kaiser den Kaufleuten einiger Städte die Privilegien der Campsoren besonders ertheilten. (Der Kaiser Friedrich I. den nürnbergischen Kaufleuten 1219. Tolner, cod. dipl. palat. p. 68. n. 88.)

Dieß vom Ursprung der Tratten. Zur Entstehung der eigenen oder trockenen Wechsel gab vorzüglich das päpstliche Verbot wegen der Zinsen die Veranlassung. Dieses Verbot konnte nicht auf die gain de foire bezogen werden, indem diese in einer Erkenntlichkeit für ein von einer Messe zur andern gegebenes Darlehn, und in der Provision des Campsors für seine Bemühung bei der Verwechselung des Geldes bestand, und sonach nicht die Zinsen betraf.

Um jedoch die Zinsen nicht zu entbehren, erfand man

1) die cambia sicca, welches eigentlich Darlehnsurkunden waren, unter denen aber ein Meßgeschäft fingirt wurde;

2) die cambia con la ricorsa, ein Scheingeschäft, veranlaßt durch das Verbot des Depositowechsels, bei welchem ein Depositum fingirt wurde. (Papst Pius verbot solches 1575, cum pecuniae sive depositi sive alio nomine ficti cambii traduntur, ut postea eodem in loco vel alibi cum lucro restituantur.)

Die cambia con la ricorsa bestanden in einem ganz besondern Geschäft. Wollte A ein Darlehn gegen Zinsen aufnehmen, um es an demselben Ort demnächst zurückzubezahlen, so zog er zu Gunsten des Darleihers B, auf seinen Geschäftsfreund C in D, der zugleich mit dem B in Verbindung stand, und zwar zählbar an den C selbst; B nahm nun diesen Wechsel, zahlte dem A die Valuta dafür, und nun zog C, nachdem er dem B auf den Betrag credidirt hatte, zurück auf den A, stellte die Tratte auf die Ordre von B und schickte sie ihm, um den Betrag, in welchem die Zinsen stillschweigend oder als doppelte Provision eingerechnet waren, von dem A zu ziehen, und sonach in dieser Art sein Darlehn zurückzubekommen. Wer keine Kenntniß dieses Geschäfts hatte, konnte nicht bemerken, daß ein verzinsbares Darlehn vorhanden war. Diese fingirten Wechsel waren aber sehr beliebt, weil sie den Bezug an Zinsen erleichterten und in dieser Form leicht ungewöhnlich hohe Zinsen stipulirt werden konnten.

Die eigenen Wechsel fanden in Deutschland um so mehr Eingang, weil, wie schon bemerkt wurde, aus der sogenannten verbrieften Schuld das strengste Verfahren statt hatte.

Dieß ist nun der wahre Ursprung des Wechselinstituts, welches sich in einigen Städten früher, in andern später ausbreitete.

Diese richtige von Martens vertheidigte Meinung ist von den meisten neuern Rechtsgelehrten angenommen wor=

worden, s. Bender, (Grundsätze des WR. Darmst. 1828. §. 219. u. s. f.)

§. 360. (M. §. 230.)

Der Grund der Wechselstrenge ist verschieden.

Einige als: Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 231.) nehmen an, daß die formelle Zusage, welche der Wechsel enthält, nothwendig zur Erhaltung des Kredits ohne allen Einwand erfüllt werden muß, und daß der, welcher nicht bezahle, seinen Kredit, sonach seine kaufmännische Ehre verliere, sich dem Verdacht der Flucht aussetze, einen solchen aber in Verhaft zu bringen, die frühern Gesetze schon erlaubt hätten. Diese Meinung ist hinlänglich widerlegt von Danz, (Handbuch des d. PR. Th. 2. §. 231.)

Andere, als Petzold, (de fundamento rigoris cambialis Goett. 1795. C. II. p. 28.) sind der Meinung: durch das Wort Wechsel verpflichte man sich stillschweigend zum Personalarrest; dieser aber sey darum eingeführt, weil der Mensch seine Freiheit als das höchste Gut schätze und durch Unterpfändung derselben seiner Verbindlichkeit am ersten nachkomme; der Gesetzgeber schütze nun die Parteien bei ihren Verträgen, welche sie nach Observanz und Gewohnheiten eingegangen hätten.

Noch einer andern Meinung ist Martens, (Versuch einer hist. Entwickelung des wahren Ursprungs des WR. Gött. 1795.) sie geht dahin: ursprünglich sey das Wechselgeschäft auf Messen unter öffentlicher Auctorität abgeschlossen worden; aus einem solchen Geschäft sey die schleunigste Execution eben so wie aus einem amandement de foire entstanden; dieß sey das privilegium des foires pour le recourrement des dettes. Allein Pohl, (Handbuch des WR. S. 13.) hat diese Meinung hinlänglich widerlegt.

Lamers, (Staatswirth. u. jurist. Literat. J. 1795. St. 144.) unterscheidet zwischen dem historischen, politischen und rechtlichen Grund. Den erstern setzt er darein, daß nach Einführung des römischen Rechts es immer gewöhnlicher geworden, seine Freiheit, welche der Deutsche

für das höchste Gut gehalten, zum Unterpfand bei Verträgen anzunehmen; durch Gewohnheit sey der Grundsatz entstanden: wer das Wort Wechsel gebraucht, unterpfände dadurch an und für sich ipso jure seine Freiheit. Der politische Grund sey die Erhaltung des Kredits und Beförderung des Handels: denn nichts könne den Handel mehr empor bringen, als eine Anstalt, durch welche große Geldsummen in entferntere Länder bezahlt würden, und eben dadurch eine größere Leichtigkeit in dem Handel befördert werde.

Bei dem rechtlichen Grund sey aber zwischen dem philosophisch- und positivrechtlichen zu unterscheiden. Ersterer liege darin, daß Wechselstrenge ein durchaus vollkommenes erlaubtes Zwangsmittel der Verträge sey. Sicherheit der Rechte sey Zweck des Staats, folglich Wechselstrenge ein Mittel zur Beförderung des Staatszwecks. Der positivrechtliche sey in den Gesetzen und der Observanz enthalten, durch welche die Wechselstrenge begünstigt und bestätigt sey. Mittermaier, (a. a. O.) unterscheidet noch genauer, und nimmt außer dem historischen Grund

1) als Grund der Wirksamkeit des Wechselinstituts die kaufmännische Ehre an, die Verbindung der Kaufleute unter sich, weil der Wechsel im Handelsverkehr als ein die Stelle des baaren Geldes vertretendes Zwangsmittel erscheint, und dadurch aus einer Urkunde ohne Weitläuftigkeit das Verhältniß ersichtlich und durch Uebertragbarkeit des Wechselbriefs der schnelle Umsatz möglich wird.

2) Als Grund der Wechselstrenge für den Einzelnen sey die freiwillige Unterwerfung durch Gebrauch der Wechselform.

3) Der Grund der eigentlichen Wechselstrenge liege in der Einrichtung, nach welcher das Gesetz dem Wechselgläubiger die schnellste Execution gegen den Schuldner zusichert, zugleich aber jeden beim Wechsel Betheiligten sicher stellt, indem die Unterlassung wechselrechtlicher Vorschriften demjenigen, der die Unterlassung verschuldet, schade.

4) Der Grund des Wechselverhältnisses und der sichern Erfüllung könne in der Deckung und

in dem zum Grunde liegenden Vertrage in sofern gefunden werden, als der Inhaber des Wechsels wegen der vorhandenen Deckung erwarten dürfe, daß der Trassat sicher acceptiren werde. Die Bezahlung der Valuta könne höchstens das Rechtsverhältniß zwischen Trassanten und Remittenten erklären.

Diese letztere Meinung verdient den Vorzug vor allen angegebenen; s. jedoch Huck, (der Grund des Wechselrechts nebst einer Darstellung und Beurtheilung der bisherigen Hypothesen. Tüb. 1832.)

§. 361. (M. §. 231.)

Der Wechselvertrag ist als ein selbstständiger und accessorischer Vertrag zu betrachten.

Einige als: Dupuy della Serra, (de l'art des lettres de change Ch. 3. §. 13.) van Kessel, (theses select. p. 186.) nehmen an: daß dem Wechsel ein wahrer Kauf zum Grunde liege. s. a. Niederländisches Handelsgesetzb. v. 1826. Art. 5. nämlich in sofern, als die Forderung des Ausstellers an den Bezogenen die causa enthalte, dagegen die für den Wechsel gegebene Valuta das pretium sey.

Allein diese Meinung wird durch die Erfahrung nicht unterstützt; gewöhnlich wird auf Credit-Fond und nicht auf baaren Fond gezogen, ferner wird Geld gegen Geld gegeben. Wollte man diese Meinung annehmen, so würde ja jeder Wechselregreß wegfallen; denn als Kaufgeschäft müßte das Wechselgeschäft schon durch die Cession perfect werden; dann würde blos eine Haftung pro veritate entstehen, da doch im Wechselrecht für die Bonität zu stehen angenommen wird. Mittermaier, (Rezens. des niederl. HGesetzb. in d. Tübinger crit. Zeitschrift B. 1. Heft 3. S. 159.) und Bender, (a. a. O. S. 216.)

Andere nehmen einen Miethvertrag an, als: Raphael, (de Turri 1. 9. 8.) denn der Aussteller verpflichte sich zur Ausstellung als zu einer Dienstleistung gegen Geldlohn, nämlich gegen Provision.

Allein die Berechnung der Provision ist das Product einer Usance, und es liegt darin durchaus nichts Wesentliches. Wagner, (Handbuch des WR. Th. 1. S. 178.)

Als einen Mandats-Contract betrachten den Wechselvertrag: Baldasseroni, (Leggi e costumi 1. p. 22.) Philipp, (deutsches Privatrecht Th. 2. S. 263.) Allein diese Meinung ist darum zu verwerfen, weil der Remittent dann blos Namens des Ausstellers Zahlung erheben könnte, der Bezogene auch hier in der Regel Schuldner des Ausstellers seyn müßte, und man höchstens gegen den Mandanten, aber nicht weiter, Regreß nehmen könnte, auch das Wechselgeschäft mit dem Tode des mandans des Ausstellers erlösche, obgleich der Acceptant nach wie vor haften muß, auch der Mandatar in proprio nomine für die Zahlung eines Dritten haftet. (Bender, a. a. S. 217.)

Als Darlehnsvertrag wird er angesehen von Wagner, (a. a. O. §. 1. S. 179.); allein Darlehn und Wechsel sind von einander wesentlich verschieden. (Dupuy della Serra C. 3. n. 2. n. 11.) Denn bei erstern wird durch die Bezahlung der Valuta der Vertrag perfect, es muß die nämliche Species restituirt werden, was bei dem Wechsel nicht immer der Fall ist, indem der Cours des Zahlplatzes berechnet wird. Das Darlehn bleibt gewöhnlich auf dem Platze und bringt seiner Natur nach keine Zinsen, was bei dem Wechsel doch der Fall ist.

Als eine Assignation sieht den Wechselvertrag Drummer, (Hamb. Archiv für d. HR. B. 1. S. 137.) an; allein dann müßte man annehmen, daß der Bezogene Schuldner des Trassanten sey, was doch außerwesentlich ist, auch würden sich manche Rechtsbestimmungen nicht erklären lassen. (Bender, a. a. O. S. 216.) Oefters ist der Wechselvertrag mit einem Tauschvertrag verglichen worden. Wenn gleich bei dem erstern ein Austausch eines zahlungsfälligen Papiers gegen baares Geld erfolgt, so ist doch der Wechsel selbst die Quelle und das Fundament des ganzen Geschäfts, dagegen das gewöhnliche Tauschinstrument ein bloßes Beweismittel des Geschäfts ist, weder Quelle noch

Fundament; auch ist ja Geld keineswegs der gewöhnliche Gegenstand des Tausches.

Zur Klasse der Realverträge zählt ihn Treitschke, (im Handbuch des deutsch. PR. §. 83.) Diese Meinung läßt sich aber darum nicht annehmen, weil der Aussteller und Girant eines acceptirten Wechsels ja nur in eventum, auf den Fall haftet, daß der Acceptant nicht laut Vorschrift zahlen wolle. Zur Klasse der Literal-Contracte wird er von Hommel, (Prog: cambium ad quam speciem adnum.? in Besecke, Thes. iur. camb. II. S. 1224.) gezählt: allein um dieß seyn zu können, müßte von Seiten des Ausstellers oder Giranten im Wechsel oder Indossement eine ausdrückliche Zahlungsverbindlichkeit liegen, da doch die Zahlung gewöhnlich von dem Acceptanten geleistet wird. Auch ist der Wechselbrief nicht der Grund der Obligation, sondern nur das Mittel, die zugesagte Zahlung zu erhalten und der Trassant vielmehr erst aus dem Empfang der Valuta verbunden wird. Nimmt man Wechsel dem Wortsinne nach, so gehört er freilich zu den Literalverträgen in uneigentlicher Bedeutung.

Manche, als Treitschke, Einert, (de indole contractus eius, quo cambia trassata nitunt. Lpz. 1824.) vorzüglich aber die französischen Juristen, als Pardessus, stellen den Begriff einer Gewährsleistung unter; (garantie de fumir et foire valoir.) Wenn sich gleich im Wechselgeschäft eine Reihe von Verpflichtungen aller Interessenten zeigt, wo immer ein Glied dem andern fortdauernd verhaftet bleibt, so lange bis der Wechsel auf irgend eine Art zahlfällig geworden ist, so ist doch das Guarantiren kein ausschließlicher Charakter des Wechselvertrags, indem man solches auch bei mehreren Verträgen des gemeinen Rechts findet; auch bezieht es sich vorzüglich auf den Fall der Regreßnahme, während der Hauptfall, nämlich die Haftung des Acceptanten und die gegen diesen gerichtete Wechselklage, nicht genügend durch diese Ansicht erklärt wird.

Mehrere sind der Meinung, daß der Wechsel nicht unter irgend eine einzige Contractsform des gemeinen Rechts zu bringen sey, und wollen daher denselben nach Um=

ständen der einzelnen Fälle theils zu den einen, theils zu den andern gemeinrechtlichen Contracten zählen. So soll es als eine datio in solutum angesehen werden, wenn der Remittent den Wechsel als Zahlung oder in Abrechnung auf laufende Rechnung bekommt; als eine emtio venditio, wenn kein früheres obligatorisches Verhältniß besteht, die Gegenleistung aber in Gelde besteht; als contractus facio ut des, oder facio ut facias, wenn sie in Waaren oder in einem Retourwechsel besteht. (Heise, de natura et indole camb. Goett. 1802. p. 18. 29.) Daß der Wechsel mit andern Verträgen m) Aehnlichkeit habe, ist nicht zu leugnen, allein jeder Contract des gemeinen Rechts bringt eigenthümliche Wirkungen hervor, hat sein eigenthümliches Gebiet, welche nirgends alle in einander fließen, wogegen der Wechselcontract, wie auch immer der Abschluß erfolgen mag, alle Mal und immer die Wirkung hat, weßhalb er denn als ein eigenthümlicher und selbstständiger Vertrag, als ein contractus stricti juris germanici anzusehen ist.

m) Vincens, Exposition II. p. 188. sagt: il est absurde de chercher dans les formales romaines rien qui s'applique a une chose qui n'etoit pas en usage chez eux.

Denn 1) ist der Wechselvertrag nur dann vollgültig, wenn der Wechsel gerade diejenige Form bekommt, welche die Gesetze als wesentlich vorschreiben;

2) er erzeugt die ihm eigenthümliche Wechselhaft während seines Laufs und ein ganz eigenthümliches Verfahren, wenn er geltend gemacht wird. Alles Wirkungen, welche sich bei keinem Contract des gemeinen Rechts finden.

Im Allgemeinen stimmen die meisten Rechtsgelehrten hierin überein, nur weichen sie in ihren Meinungen in sofern ab, daß einige, als: Scherer, Runde, Span, Riccius, Püttmann und Weineneck ihn für einen accessorischen, andere als: Bosset und Schulin, ihn für einen Hauptvertrag halten.

Nach der richtigen Meinung ist der ursprüngliche Wechselvertrag ein eigenthümlicher Vertrag und als solcher bei trassirten Wechseln in der Regel ein Hauptvertrag, bei eigenen Wechseln ein Nebenvertrag.

1) Der eigene oder trockne Wechsel ist als ein accessorischer Vertrag anzusehen, ob er gleich wohl dadurch seine Eigenthümlichkeiten nicht verliert.

Die Absicht der Contrahenten ist darauf gerichtet, aus einem Geschäft erhöhte Vortheile zu ziehen und jenem größere Sicherheit zu verschaffen. Das Geschäft selbst erzeugt schon ein Klagerecht; damit aber daraus eine noch größere Verbindlichkeit entstehe, ist es in einen Wechsel eingehüllt.

2) Bei dem trassirten Wechsel ist zu unterscheiden:

a) der Vertrag zwischen dem Trassanten und Remittenten, durch welchen das Wechselverhältniß begründet wird, und sich wesentlich von dem pacto de cambiando unterscheidet. (Bender, a. a. O. §. 294.) Diesem kann ein Kauf, Tausch u. s. w. zu Grunde liegen;

b) der Acceptationsvertrag, wodurch jener Vertrag erst bei dem trassirten Wechsel wirksam wird; kommt dieser nicht zu Stande, so ist kein Trattengeschäft vorhanden. Denn sobald die Acceptation nicht erfolgte, so hat die Tratte ihren directen von Anfang an bezielten Zweck verfehlt, das Geschäft erstickt in seinem Keime, der Wechsel ist jetzt als ein solcher anzusehen, welchen der Aussteller auf sich selbst gezogen hat; es ist eben so, als wenn ein eigener Wechsel ausgestellt ist. Wenn dagegen der Bezogene acceptirt, so hat alsdann das Geschäft seine Stütze erhalten, welche in den Augen aller Interessenten erforderlich ist, um es als zuverlässig darzustellen. Ganz unrichtig ist es, wenn Einige diesen Vertrag

1) als eine Bürgschaft betrachten; (Sonnleithner, Lehrbuch des öst. HR. §. 412. Einert, a. a. O. p. 12.) denn der Acceptant haftet aus seinem Accept selbst, und nicht blos subsidiarisch; auch ließe sich nach dieser Ansicht nicht erklären, warum der Inhaber des Wechsels zuerst den Acceptanten um Zahlung angehen müsse und erst dann, wenn dieser gar nicht, oder nicht hinreichend zahlt, die Vormänner angreifen darf, da ja doch der Bürge die Einrede der Vorausklage hat, und keine ausdrückliche Verzichtleistung darauf im Wechsel zu finden ist. Der Acceptant haftet aus der Acceptation, wenn gleich der Aussteller

fallirt; der Bürge kann auf Aufhebung der Bürgschaft dringen, wenn er bemerkt, daß der Schuldner unsicher wird, es steht ihm die provocatio ex lege si contendat zu: der Acceptant kann sich gegen den Inhaber nicht der Einrede bedienen, welche er gegen den Trassanten hat, dagegen kann der Bürge gegen den Gläubiger alle Einreden geltend machen, welche der Schuldner hat.

2) Nimmt man an, daß der Aussteller und Acceptant correi debendi sind, dann steht es nicht in der Willkühr des Wechselinhabers, wenn der Wechsel acceptirt ist, den Aussteller vor dem Acceptanten anzugreifen, vielmehr muß er erstern ausklagen, ehe er letztern in Anspruch nehmen kann.

3) Ist es auch nicht als eine expromissio anzusehen.

4) Nicht als ein constitutum debiti alieni, denn die Verhaftung des Acceptanten aus dem Accept ist keine blos accessorische, sondern eine selbstständige, eine hauptsächliche, und derselbe kann die exceptio ordinis nicht gebrauchen.

Diese richtige Meinung hat unter Andern Bender, (a. a. O.) vertheidigt.

§. 362 a. (M. §. 231.)

Das pactum de cambiando ist von dem contractus cambii wesentlich verschieden, Letzterer als ein selbstständiger Vertrag anzusehen.

So wie zwischen dem pacto mutui dando und contractus mutui ein wesentlicher Unterschied ist, so ist dieß auch hier bei dem pacto de canbiando und contractus cambii; jener ist der vorbereitende Vertrag, woraus für den Remittenten das Recht entsteht, auf die Ausstellung des Wechsels zu klagen; aus demselben entspringt kein Wechselrecht, indem kein Wechsel vorhanden ist.

Hiermit stimmen überein: Walraven, (de natura et indole actionum, quae lit. camb. emptori compet. Lugd. bat. 1817. p. 15.) Pardessus, (cours II. p. 362.) Mittermaier, (a. a. O.) Bender, (a. a. O. 1. S. 209.)

Dagegen nehmen Andere an: daß in dem pacto cambiandi der eigentliche Wechselcontract enthalten sey. Knorre, (de vera natura et indole cont. camb. §. 5. 6.) Sieveking, (Hamburger Material. §. 12.) Bosset, (der Wechselcontract. §. 33.) v. Weißeneck, (Theorie des WR. §. 48.) Pohl, (WR. S. 124.) ist der Meinung, daß das pactum de cambiando im wesentlichen in der Vereinbarung des Wechselnehmers und Wechselgebers bestehe, wodurch Letzterer die Verpflichtung übernimmt, jenem eine Summe Geldes gegen Empfang derselben oder ihres Werth auszubezahlen, und daß nach Abschluß dieses pacti der Uebergang zum Wechselcontract erfolge, welcher mit der Ausstellung des Wechsels anfange und mit dem Augenblick, da der Bezogene durch die Annahme seinen Beitritt zu demselben erklärt habe, perfect werde. Die Perfection des Wechselcontracts in der Ueberlieferung des Wechsels zu suchen, scheine ihm der Sache nicht angemessen. Dann wäre Perfection des Wechselcontracts von der des pacti de cambiando nicht zu unterscheiden, sondern fiele damit zusammen.

Allein dieß ist Verwirrung der Begriffe. Ein pactum de cambiando bezieht sich nicht blos auf einen Austausch (cambium in ältern Sinne), sondern auf die Ausstellung oder Lieferung des Wechsels. Die Vereinbarung, die der Schließung eines Wechselcontracts vorhergehen kann, und in der Eingehung jedes Wechselcontracts enthalten ist, kann nicht so gefaßt werden, daß der Wechselgeber die Verpflichtung übernimmt, den Wechselnehmer eine Summe Geldes auszahlen zu lassen, sondern daß der Wechselgeber den Wechselnehmer in den Stand setzt, eine Summe Geldes an einem andern Ort zu erheben; s. a. Walraven, (de natura et indole actionum, quae liter. camb. emptori competunt. Lugd. 1817.)

§. 362b. (M. §. 231a. n. 1. 8.)

Dem Trassanten steht gegen den Remittenten nicht das Recht zu, wechselmäßig auf die Bezahlung der Valuta zu klagen.

Aus dem pacto de cambiando entsteht kein Wechselrecht, dieses setzt das Daseyn eines Wechsels voraus. Aus

jenem entspringen für den Remittenten besondere Verbindlichkeiten, welche aber nicht von der Art sind, daß er zur Erfüllung derselben wechselmäßig angehalten werden kann, indem er gegen den Trassanten in keinem Wechselverhältniß steht. Der Natur des Wechselcontracts ist es nicht angemessen, daß nach Wechselrecht gegen den Remittenten verfahren wird. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde bisweilen das Wechselverfahren gegen Personen statt haben, die an sich wechselunfähig sind. Selbst in dem Falle, wenn Remittent einen Interimsschein ausgestellt hat, würde gegen ihn im Falle der Nichtzahlung der Valuta nur dann das wechselmäßige Verfahren eingeleitet werden können, wenn er wechselfähig ist.

Es ist daher als eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen anzusehen, wenn in einigen Particulair-Gesetzen bestimmt ist, daß gegen den Remittenten in dem angegebenen Falle wechselmäßig verfahren werden kann: wie unter andern in der Breslauer WO. Art. 13. Danziger WO. Art. 1. Hamb. WO. Art. 3., in welcher letztern es heißt: wenn ein Wechselbrief geschlossen und der Geber nicht gleich die Valuta bezahlt, soll gegen seine Person oder Güter, ohne gerichtliches Erkenntniß mit der paratesten Execution verfahren werden. Andere als: die Leipziger WO. Art. 26. gestatten, daß der Trassant die Schlußbitte der Klage dahin richtet, Beklagten zur Bezahlung der Valuta nach Wechselrecht anzuhalten.

Noch Andere gestatten nur ein Executivverfahren, als die östr. WO. Art. 39. Pr. LR. Th. 2 8. §. 958. mit der Beschränkung auf ein Jahr.

Jene richtige Meinung vertheidigen unter Andern: Püttmann, (WR. §. 80.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil behaupten: Treitschke, (Handbuch des WR. §. 206.) Daniel, (Grundsätze d. WR. S. 289.) Eichhorn, (Einl. §. 132. S. 364.) Bender, (WR. §. 320.) ist der Meinung darum, weil auch dem Remittenten die Befugniß zustehe, gegen den Trassanten executivisch zu klagen, wenn er den Wechsel nicht ausstellt; allein Letzterer steht in einem ganz andern Verhältniß als der Remit-

tent. Daß gegen den Trassanten kein Wechselverfahren statt finde, giebt er in §. 321. zu, indem die Aushändigung des Wechsels noch nicht erfolgt ist.

§. 363[a]. (M. §. 231[a]. n. 3.)

Der Trassat, der ohne Deckung den Wechsel bezahlt hat, kann von dem Trassanten die gezahlte Summe nur in dem ordentlichen Prozeß wieder fordern.

1) Wenn der Acceptant dem Inhaber des Wechsels die Wechselsumme bezahlt, so zahlt er als Selbstschuldner, mithin für sich selbst, nicht für den Trassanten, welchen er jedoch dadurch sowohl als sich selbst aller Wechselverbindlichkeit entbindet, da er den Wechselvertrag völlig auflöset. Cum una sit obligatio et summa est: ut sive solvatur ab altero liberatio contingat. L. 3. §. 1. D. de duobus reis const.

2) Derjenige, welcher freiwillig acceptirt und bezahlt hat, kann zwar durch Beibringung des ihm ausgehändigten Wechselbriefes sich gegen den Trassanten ausweisen, daß er den übernommenen Auftrag, so weit solcher die Zahlung des Wechsels betrifft, erfüllt habe; ob er aber ohne Deckung bezahlt, mithin deßwegen an seinen Mandanten eine Forderung habe, dieß kann aus dem Wechselbrief nicht erwiesen werden, sondern es sind andere Beweismittel zu gebrauchen.

3) Der Wechselbrief, da er dem Zahler in die Hände kam, hat die Wechselkraft verloren, und kann nur als Beweis der geleisteten Zahlung, keineswegs aber der nicht erfolgten Deckung dienen.

4) Nur demjenigen Wechselinhaber kommt Wechselrecht zu, der zu dem Eigenthum des Wechsels durch die darin bestimmten Formen gelangt ist. Daher steht dem Trassat, wie jedem Dritten frei, zu Ehren des Ausstellers den Wechsel zu acceptiren, und damit der Acceptant nicht in Gefahr gerathe, soll der Inhaber vorher protestiren, und im Protest erwähnen lassen, daß die Acceptation per honor. de lettera geschehe. Wenn dem Trassanten, der den Wechsel acceptirt und gezahlt hat, an und für sich schon das Wechselrecht gegen den Trassanten zustände, so wür-

den die Gesetze dem Bezogenen nicht so viele Förmlichkeiten und Vorsichten auferlegen, um den wechselmäßigen Regreß nehmen zu können.

Hiermit stimmen überein: Siegel, (WR. Kap. 5. §. 9.) Martens, (Handelsrecht S. 99.) Püttmann, (WR. §. 141.) Sieveking, (Materialien zu einem vollst. und syst. WR. § 255.) Behrens, (Anl. zur Kenntniß v. Wechseln u. Wechselgeschäften Magd. 1794. §. 203.) Wagner, (Handbuch 2. S. 317.) Zimmern, (Beiträge z. WR. n. 1.) Bender, (WR. Abth. 1. S. 552.) Eichhorn, (Einl. §. 144.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil wird von Einigen: Weißegger, (WR. 11. S. 100.) darum angenommen, weil sie behaupten, daß der Acceptant nach geleisteter Zahlung als Inhaber des ihm eingehändigten Wechselbriefs aufzutreten berechtigt sey.

§. 363 b. (M. §. 231. n. 3.)

Der Aussteller, welcher einen schon acceptirten Wechsel wegen nicht erfolgter Zahlung hat einlösen müssen, kann den Acceptanten nach Wechselrecht belangen.

In frühern Zeiten, ehe die preußische Gesetzgebung über die Frage: ob dem Aussteller gegen den Trassaten, der den Wechsel acceptirt, Wechselrecht zustehe, entschieden, *) war solche weder in den Wechselordnungen **) berührt, noch von den Schriftstellern ***) des Wechselrechts näher erörtert worden. Seitdem aber haben nicht nur die meisten Wechselordnungen, welche diese Frage berühren, sondern auch die meisten Rechtsgelehrten diese Frage verneinend beantwortet.

*) Entwurf des allg. Gesetzb. f. d. pr. Staaten Th. 1. Abth 2. tit. 3. §. 662. wo verordnet wird, daß der Aussteller nicht berechtigt sey, den Bezogenen in keinem Falle wechselmäßig in Anspruch zu nehmen. In den Motiven wird hinzugefügt: aus dem bloßen Facto der Acceptation folgt noch nicht, daß der Bezogene sich dem Aussteller wechselmäßeg habe verpflichten wollen, zwischen ihnen subsistirt also kein eigentlicher Wechselcontrat. Es sind gar zu viele Fälle denkbar, wo der Bozogene den Wechsel auf guten Glauben, auf den Kredit des Ausstellers in der Hoffnung einer noch erst zu erhaltenen Deckung acceptirt hat, und we-

gen inzwischen veränderter Umstände, wegen nicht erfolgter oder nicht annehmlich befundner Deckung, solchen dennoch mit Protest zurückgehen zu lassen, berechtigt seyn kann. Die Observanz der vornehmsten Plätze, mit welchen die inländischen Kaufleute in Verbindung stehen, z. B. Hamburg und Amsterdam stimmt mit dieser Entscheidung überein.

**) Churbrandenburgische WO. v. 1684. enthält zwar im §. 32. die Vorschrift: „der Zieher hat an Niemand anders seinen Regreß zu nehmen als an den Acceptanten," läßt aber unentschieden, ob für diesen Fall Wechselrecht gelte. Die Frankf. WO. v. 1739. Art. 32. (Siegel c. i. camb. erste Fortf. S. 82.) enthält eine dunkle Entscheidung, allein das Frankf. Apellationsgericht, so wie die Tübinger Juristenfacultät in dem Gutachten v. 1826. (Schulin, niederländ. und grosbrit. Wechsel und Mercantilg. Frank. 1827. S. 80.) nehmen an, daß die Bestimmung blos auf eine Entschädigungsklage im ordentlichen Prozeß zu beziehen sey.

***) Siegel, Einl. z. WR. Th. 2. K. 5. §. 2. erwähnt nicht diesen Fall, wie unrichtig in dem Tübinger Gutachten angenommen wird. Aus einem Parrere in Corp. i. camb. Th. 2. not. 7. — v. J. 1692. scheint aber doch hervorzugehen, daß die Kaufleute schon früherhin die Ansicht getheilt haben, in dem dort vorkommenden Falle hätte der Aussteller, welcher den acceptirten aber durch Versehn unbezahlt gebliebenen Wechsel wieder einlösen müssen, für Kapital und Kosten einen förmlichen Rückwechsel auf den Acceptanten gezogen, und die begutachtenden Kaufleute erklärten dieses Verfahren ganz in Ordnung.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche diese Frage verneinen, als Martens, (Handelsr. §. 103.) Behrens, (Anleitung zur Kenntniß der Wechselgeschäfte. Magdeb. 1794. §. 147.) Zimmern, (Beitr. z. Erört. des WR. Wien 1806. 1. Abthl. u. Anleitung z. Kenntniß d. WR. Wien 1821. §. 205. 206.) Scherer, (Handb. d. WR. Th. 3. S 44.) Sonnleithner, (Lehrb. d. öst. Handelsrechts Wien 1830. n. Aufl. 1831. §. 426.) Wagner, (krit. Handb. d. in d. öst. deutsch. Staaten gelt. WR. Wien 1824. Th. 2. §. 259. 262.) Goldschmidt, (Bemerk. z. Entwurf einer erneuerten Wechsel u. Mercantilordnung für d. freie Stadt Frankf. Frankf. 1827. S. 37 — 39.) Bender, (Grundr. d. Handelsr. Th. 2. Abthl. 1. §. 356.) Mittermaier, (a. a. O.) die pr. GCommission in den angeführten Motiven z. Entwurf des preuß. Gesetzbuchs; die Tübinger Juristenfakultät in dem a. g. Gutachten — (womit auch die grosh. weimarsch. eisenacher WO. v. 1819. §. 119. 155. Anhalt Dess. WO. v 1822. §. 94. das Niederl. Handelsgesetzb. B. 1. tit. 7. Art. 49, das preuß. LR. Th. 2. tit.

8 §. 1132 übereinstimmen), führen zur Unterstützung ihrer Meinung folgende Gründe an.

1) Vermöge der Natur des Verhältnisses, in welchem der Aussteller gegen den Trassaten steht, kann ihm keine Wechselklage gegen denselben zustehen: indem

a) diese gegen den Acceptanten auf Bezahlung des Wechsels an den Kläger gerichtet ist, der Acceptant aber nur verbunden ist, an den Remittenten oder dessen Ordre bezahlen. (Goldschmidt, a. a. O. S. 38. Bender, S. 50.) (erster Grund.)

b) die Verpflichtung des Acceptanten gegen den Aussteller nicht als eine wechselrechtliche gelten kann; indem

aa) solche nur auf einem gewöhnlichen Mandat des gemeinen Rechts beruht, welches einen bloßen Nebenvertrag des eigentlichen Wechselverhältnisses bildet, und dieses letztere durch die erfolgte Regreßnahme gegen den Aussteller gänzlich beendigt wird, mithin zu der Zeit, wo der Aussteller, nachdem er den Wechsel eingelöst, den Acceptanten daraus in Anspruch nehmen wollte, gar kein Wechselverhältniß existirt. Zimmern, (Beitr. §. 17.) Wagner, (a. a. §. 310.) Bender, (§. 303. 342. 356.) (zweiter Grund.)

bb) es der nothwendigen Gleichheit der Contrahenten zuwider seyn würde, dem Aussteller einen wechselmäßigen Anspruch gegen den Acceptanten zu gestatten, während die aus demselben Mandatsvertrage herrührende Klage des Acceptanten gegen den Aussteller entschieden kein Wechselrecht genießt. Zimmern, (a. a. O. Anleitung §. 205.) Tübinger Gutachten (S. 81.) Wagner, (§. 309.) Goldschmidt, (S. 39. (dritter Grund.)

2) Wenn aber auch die Wechselklage dem Aussteller zustände, so würde sie doch durch die liquide Einrede des Acceptanten beseitiget werden: indem der Aussteller etwas fordere, was er unmittelbar darauf wieder erstatten müsse, und eben daher gar nicht fordern dürfe. (Zufolge der L. 8. pr. D. de doli mali et met. exc. und L. 173. D. de reg. jur.) Der Ersatzanspruch fällt zwar hinweg, wenn auf eine vorangehende Forderung gezogen, oder Deckung vor dem Verfall gemacht ist, allein da das Daseyn dieses

Verhältnisses sich aus dem Wechsel selbst nicht ergiebt, so kann eine daraus hergenommene Replik im Wechselprozeß nicht berücksichtigt werden. (vierter Grund.)

Aus weit bessern Gründen nehmen Andere, als: Sieveking, (Materialien zu einem vollst. WR. §. 281) Mathis, (jurist. Monatsschrift. B. 1. Berlin 1805. S. 146 not. 50.) Treitschke, (WR. §. 369.) Pohl, (Handelsr. Th. 2. S. 548. 574.) Heise und Cropp, (jurist. Abh. B. 2. not. 1.) s. a. J. Chitty, (practical treatise on bills of ex change T. 2. ch. 1. 4. p. 440. 509. 523.) Thomson, (treatise on the law of bills of ex change in Scotland. Edinburgh 1825. Ch. 7. p. 606.) die richtige Meinung an, womit auch die erneuerte Frankf. Wechsel- und Mercantilordnung v. 1827. §. 54. und der Entwurf der Hamb. WO. v. J. 1819. Art. 74. vorzüglich aber die dänische Verord. über trassirte Wechsel v. 1825. (in Schulin, niederl u. grosb. Wechselg. S. 496 — 553.) übereinstimmen: im Art. 60. der letztern heißt es nach der Schulinschen Uebersetzung:

„So wie aus der Natur der Sache folgt, daß jeder Indossant, der einen protestirten Wechsel einlöst, das Klagerecht erwirbt, welches dem frühern Eigenthümer des Wechsels zustand, sowohl gegen die Vormänner des Indossanten, als gegen den Acceptanten, so kommt auch dem Trassanten, wenn er den Wechsel eingelöst hat, Wechselrecht gegen den Acceptanten zu. Wenn dieser sagt: er habe auf Credit acceptirt, so kann dieß bei der auf Einlösung des Wechsels gegen ihn angestellten Klage nicht in Betracht kommen, sondern er hat sein deßfalsiges Recht durch eine besondere Klage geltend zu machen." Auch scheint aus einer Entscheidung der preuß. Gesetzcommission v. 7. Jan. 1800 (Stengel, Beitr. B. 11. S. 381.) dieß nicht undeutlich hervorzugehen; sie betrifft die Frage: ob dem Aussteller eines Wechsels an eigene Ordre alle Rechte eines Inhabers des Wechsels zustehen? Der Hauptinhalt der Entscheidung geht dahin: daß die Vorschrift des Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 815 u. s. f. auf die Wechsel an eigene Ordre, welche in demselben nicht erwähnt werden,

gar kein Bedenken habe, wenn man nur das Eigenthümliche solcher abartenden Wechsel in nähere Betrachtung zöge: denn bei Ausstellung eines trassirten Wechsels an eigene Ordre werde der Trassant selbst als Wechselinhaber genannt, indem er sich vorbehalte, denjenigen nahmhaft zu machen, an welchen, oder auf wessen Ordre die Zahlung geschehen soll: so lange er diesen nicht benannt, blieben in seiner Person der Trassant und Remittent vereinigt, und in der Qualität des letztern sei er unstreitig als der im Wechsel benannte Inhaber anzusehen.

Außer Zweifel ist es, daß der Acceptant eben so gut wie der Aussteller und Indossant wechselmäßig hafte, es also blos darauf ankomme, ob die wechselmäßige Verpflichtung des Acceptanten auch dem Aussteller zu Gute komme, oder hinreichende Gründe vorhanden sind, um ihm dieselbe zu versagen?

Der Ausspruch des Ausstellers gegen den Acceptanten beruht auf einem doppelten Grunde; einmal auf dem, durch die Acceptation des Wechsels auch ihm geleisteten Versprechen der Zahlung, und zweitens: auf der vorangehenden Forderung, zu deren wechselmäßigen Berichtigung der Acceptant sich durch die Annahme des dieserhalb gezogenen Wechsels anheischig gemacht hat, oder auf der statt dessen zum Behuf der Zahlung besonders übermachten Deckung.

Daß die Acceptation eine Annahme des den Bezogenen durch den Wechsels selbst ertheilten Zahlungsauftrags enthalte, ergiebt sich aus der Form. Wer einen Auftrag annimmt, verspricht dadurch dem Ertheiler desselben, dasjenige zu thun, worauf der Antrag gerichtet ist. Mithin verspricht der Acceptant durch die Annahme des Wechsels zugleich dem Aussteller, die darin aufgetragene Zahlung an die im Wechsel angegebene Order zu leisten, und der Aussteller erlangt dadurch ein Recht, die Erfüllung des Versprechens zu fordern. (Dieß ist allgemein anerkannt. Scherer, Handbuch des WR. Th. 1. §. 21. von Acceptation.) Man kann dagegen nicht einwenden, daß doch meistentheils durch den Inhaber oder den Mandatar eines Giranten der

Wechsel zur Acceptation präsentirt werde, nicht der Aussteller diesen Vertrag schließe, und sonach auch kein Recht aus jenem Vertrage erwerben könne. Denn einmal handelt doch jeder Wechselinhaber im Auftrag des Ausstellers und ist also direct zur Präsentation beauftragt und bevollmächtigt; dann ist auch im Allgemeinen nicht anzunehmen, daß ein Dritter durch einen von zwei Personen geschlossenen Vertrag kein Recht erhalte; (s. §. 259.) bei den Wechselgeschäften fällt dieß darum weg, weil hier jede auf den Wechsel übernommene Verpflichtung auch dem Wechsel anklebt und jedem künftigen Inhaber zu Gute kommt.

Kommt nun der Trassat seiner aus der Acceptation entstandenen Verbindlichkeit nicht nach, und löst der Aussteller den Wechsel ein, so geht die von ihm angestellte Mandatsklage allerdings zunächst auf Leistung des Interesse und nicht auf die Bezahlung der Wechselsumme; allein ein Theil des Interesse besteht jedoch in der Summe des Wechsels, weil der Aussteller diese blos in Folge der unterbliebenen Zahlung des Acceptanten wieder hat ersetzen müssen, und dieser Theil ist völlig liquid, sobald der Aussteller die verweigerte Zahlung durch den Protest und die erfolgte Einlösung des Wechsels durch die Quittung des von ihm befriedigten Inhabers darthut. In Ansehung der übrigen Forderungen des Interesse ist die Liquidität nicht sogleich hergestellt. Da es nun aber im Wechselverfahren jedem freisteht, den liquiden Theil der Forderung von dem illiquiden zu trennen, (Bender, a. a. O. Th. 2. Abth. 2. §. 456.) so ist es auch dem Aussteller erlaubt, seine Klage gegen den Acceptanten auf den liquiden Theil seines Interesse, auf die Wechselsumme zu beschränken, und mittelst der Mandatsklage ihn zur Bezahlung anzuhalten.

Was den zweiten Grund der von dem Aussteller gegen den Acceptanten anzustellenden Klage betrifft, so ergiebt sich solcher aus dem gewöhnlichen Gange der Wechselgeschäfte.

Nach demselben ist der Aussteller des Wechsels meistentheils schon vorher Gläubiger des Bezogenen, welcher den Wechsel gerade zu dem Zwecke zieht, um sich dadurch

die Bezahlung seiner Forderung zu verschaffen, und etwa noch seinen Schuldner zur Zahlung an dem im Wechsel festgesetzten Tage recht sicher zu verpflichten.

In den Fällen aber, wo ein Wechsel ohne dergleichen Schuldverhältniß gezogen wird, ist es bei soliden Geschäften die Regel, den Acceptanten gegen Verfallzeit mit der erforderlichen Deckung zu versehen. Die Fälle, wo der Acceptant zur Verfallzeit weder auf die eine, noch auf die andere Weise gedeckt ist, sondern dem Aussteller die Zahlung ohne Sicherheit borgt, sind nicht nur bei weitem die seltenern, sondern enthalten auch einen Gebrauch der Wechsel, welcher dem ursprünglichen Zwecke fremd ist, und eine Operation, worauf der solide Kaufmann sich ordentlicher Weise nicht einläßt. Sie erscheinen daher immer als Ausnahmen, und sind nicht zu billigen. Es ist daher ganz unrecht, wenn einige Juristen den Umstand: ob Trassat Schuldner des Ausstellers war, oder nicht blos deswegen, weil derselbe auf die Form des Wechsels keinen Einfluß hat, und aus diesem nicht zu ersehn ist, als einen rein zufälligen Nebenumstand betrachten, dem bei der rechtlichen Beurtheilung der Wechselverhältnisse gar kein Einfluß eingeräumt werden dürfe, um ihre Grundsätze so zu bilden, als ob das Trassiren auf Borg das wahre und regelmäßige Geschäft ausmache. Vielmehr sind umgekehrt die allgemeinen Grundsätze nach den Verhältnissen abzumessen, welche bei dem soliden Gang des Geschäfts, also bei dem Trassiren auf Schuld oder mit Deckung, statt finden, und das, was beim Trassiren auf Borg als Recht erscheint, kann nur als eine Modification der Regel gelten, die auf diejenigen Fälle zu beschränken ist, wo ein solches Trassiren wirklich statt gefunden hat.

Aus diesem Gesagten ergiebt sich daher, daß der Aussteller, welcher den acceptirten aber unbezahlt gebliebenen Wechsel wieder hat einlösen müssen, sobald er neben dem Wechsel und dem Proteste auch noch den liquiden Beweis der erfolgten Einlösung beibringen kann, zur Anstellung der Wechselklage gegen den Acceptanten allerdings befugt ist, und daß der letztere ihn mit der Einrede der schuldigen Wie=

dererstattung der Wechselsumme nur dann zurückweisen kann, wenn er seinerseits liquide Beweise darüber beibringt, daß ihm zeitige Deckung zugesagt, oder von ihm ausbedungen sey.

Es bleibt nun noch übrig, vier besondere Fälle, welche hier vorkommen können, zu berücksichtigen, und die Gegengründe zu widerlegen.

Der erste Fall ist der, wenn der acceptirte Wechsel von einem spätern Inhaber an den Aussteller zurückindossirt worden.

Unter der Voraussetzung, daß die Wechselgesetze ein solches Indossament nicht für unstatthaft erklären, (wie das pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1133. Großh. Sachsenweimarisch Eisenacher WR. v. 1819. §. 29.) so wird der Aussteller nach Zahlung des acceptirten Wechsels Inhaber und kann sonach gegen den Acceptanten klagen, und es kommt nicht weiter darauf an, ob das von diesem geleistete Versprechen zur Bezahlung des Wechsels auch ihm als Aussteller zu Gute komme, und ob die dadurch gegen ihn in dieser letztern Eigenschaft contrahirte Verbindlichkeit ihrer Natur nach, oder vermöge der nothwendigen Gleichheit der Rechte unter den Contrahenten eine wechselrechtliche seyn könne. Zur Begründung seiner Klage braucht er weder eines Protestes, da dieser zur Klage des Inhabers gegen den Acceptanten nicht erforderlich ist; (Scherer, Rechtsfälle St. 20. §. 9. Bender, a. a. O. S. 114. 119.) noch auch des Beweises der erfolgten Einlösung, da ein Wechselinhaber bei Belangung des Acceptanten nicht zu beweisen braucht, daß er seinem Indossanten die Valuta bezahlt habe.

Der Aussteller kann aber in diesem Falle nicht hindern, daß der Acceptant gegen ihn die Einrede gebraucht, die ihm gegen denselben in der Eigenschaft als Aussteller zusteht. Es findet daher unter andern die Einrede der versprochenen aber nicht erfolgten Deckung statt, und in sofern man der richtigen Meinung folgt, (Bender, a. a. O. S. 356. 443. 552. s. dagegen Mittermaier, §. 235.) daß der Aussteller den Beweis überhaupt zu übernehmen habe, es sey auf Schuld oder gegen erfolgte Deckung gezogen wor-

15 *

den, so kann er sich denselben auch durch die Rückindossirung des Wechsels nicht einziehen. (Martens, HR. §. 103. Wagner, a. a. O. §. 261.)

Ein zweiter Fall ist der, wenn der Aussteller den Wechsel auf seine Ordre gezogen hat. In diesem Falle wird in der Person des Ausstellers auch die des Wechselnehmers vereinigt und sonach muß ihm die nämliche Wechselklage gegen den Acceptanten zustehen, welche Letztern zukommt. Auch läßt sich dagegen nicht einwenden, daß doch der Acceptant nach dem Wortlaut des Wechsels die Zahlung nicht an den Aussteller selbst, sondern nur an dessen Ordre zu leisten versprochen habe.

Ein dritter Fall ist der, wo der Wechsel für Rechnung eines Dritten gezogen und auch für diesen acceptirt worden ist.

Da der Acceptant sich wegen Vergütung der geleisteten Zahlung blos an den Dritten, hingegen abgesehen von dem Falle, wenn etwa der Aussteller ohne Auftrag des Dritten gezogen, und dadurch den Acceptanten verleitet haben sollte, gar nicht an den Aussteller halten kann, so fällt hier die Einrede aus der dem Acceptanten zustehenden Ersatzforderung oder aus dem Ausbleiben der bedungenen Deckung völlig weg. Da jedoch der Zweck dieser Wechsel ganz bestimmt dahin geht, dem Aussteller für Rechnung des Dritten durch Vermittelung des Acceptanten die Zahlung zu leisten, und folglich dieser gewissermaaßen als Bürge, oder richtiger als Constituent für den Dritten eintritt, und da auch der Umstand, daß für fremde Rechnung gezogen worden ist, ordentlicher Weise schon aus dem Wechsel selbst hervorgeht, so wird man wenigstens zugeben müssen, daß die Wechselklage des Ausstellers gegen den Acceptanten in diesem Falle mehr für sich hat, als in allen andern. (s. jedoch Pardessus, cours de droit commercial T. II. §. 589.)

Der vierte Fall betrifft den, wo bei einer Nothaddresse die Acceptation erfolgte oder eine Ehrenacceptation geschah, die Zahlung aber ermangelte.

So viel den eigentlichen Intervenienten betrifft, so steht es gleich der Wechselklage des Ausstellers gegen diesen entgegen, daß nach allen Wechselrechten der Intervenient durch die geleistete Zahlung seinerseits das Recht erwirbt, den ihm gebührenden Ersatz von demjenigen, zu dessen Ehren er zahlte, nach der Strenge des Wechselrechts einzuziehen, und daß demnach hier die Einrede des sofort zu leistenden Ersatzes als vollkommen begründet erscheint. Daher müßte der Aussteller zur Beseitigung derselben bei seiner Klage den liquiden Beweis beibringen, daß der Ehrenacceptant gehörig gedeckt gewesen sey. Allein wenn auch dieser Beweis geführt werden könnte, so würde doch dem Aussteller die Wechselklage nicht zukommen; denn

1) ist nicht an ein zur Einziehung einer Forderung vom Ehrenacceptanten geschehenes Trassiren, oder selbst an den Zweck, dem Aussteller durch dessen Vermittelung einen Vorschuß zu verschaffen, zu denken.

2) Fehlt es an dem Fundament der Klage, indem der durch den Wechsel dem Acceptanten ertheilte und von diesem durch die Acceptation angenommene Auftrag gar nicht vorhanden, sondern vielmehr das Zahlungsversprechen allein dem Wechselinhaber geleistet ist.

3) Wollte man es aber auch als eine negotiorum gestio betrachten, so wird solche zur Begründung der Wechselklage um so weniger genügen, weil, wenn auch die Zahlung ausbleibt, der Vortheil für den Trassanten durch die bloße Acceptation des Intervenienten befördert worden ist, da er dadurch Zeit gewonnen, die nöthigen Anstalten zur Bezahlung zu machen.

4) Wenn auch besondere Umstände zur Begründung der Klage hinzukommen sollten, unter andern der, daß der Aussteller dem Intervenienten auf erhaltene Nachricht Deckung zum Behuf der Zahlung übermachte, so würde doch eine Klage, welche auf dergleichen Thatsachen begründet werden muß, ihr Hauptfundament im Wechselrecht nicht genießen. (Wagner, a. a. O. Th. 2. §. 261.)

Ganz anders verhält es sich aber bei der Nothaddresse. Der Addressat hat eben so gut wie der Trassat einen Auftrag

durch den Wechsel erhalten, solchen durch die Acceptation auf den Wechsel angenommen. Das wesentliche juristische Fundament der Wechselklage ist also hier vorhanden, deßhalb ist es daher auch nicht ganz unrichtig, den Addressat als einen eventuell Bezogenen oder als einen Substituten des Trassanten anzusehen. (Bender, a. a. O. Th. 2. Abth. 1. §. 372. n. 4.)

Dem Addressaten ist aber, so wie dem Intervenienten die Einrede der nicht erhaltenen Deckung einzuräumen, weßhalb denn auch der Aussteller liquide Beweise in zweifelhaften Fällen in dieser Rücksicht beibringen muß.

Doch dieß ist hinreichend zur Unterstützung der angeführten richtigen Meinung.

Was nun die Gründe betrifft, welche zur Unterstützung der entgegengesetzten Meinung beigebracht sind, (siehe oben) so sind solche leicht zu widerlegen.

Der angeführte erste Grund erscheint deßhalb bedenklich, weil er sich allzusehr an die Form hält, und daher das Wesen des Verhältnisses übersieht. Denn wenn auch das Versprechen des Acceptanten den Worten nach auf eine dem Inhaber des Wechsels zu leistende Zahlung lautet, so geht doch dem Obigen zufolge der wahre Zweck des Geschäfts meistentheils dahin, eine Forderung des Ausstellers an den Acceptanten zu bezahlen, dieser ist folglich der eigentliche Gläubiger und es scheint daher sehr natürlich, daß, wenn die versprochene Zahlung an den von ihm angewiesenen Empfänger nicht erfolgt, er nun dieselbe gegen seinen Schuldner eben so gut selbst einklagen dürfe, als der von ihm beauftragte Inhaber.

Was den zweiten Grund betrifft, so steht er in geradem Widerspruch mit dem anerkannten Princip, daß jede Verbindlichkeit, welche durch das Aufsetzen der Unterschrift auf einen Wechsel contrahirt wird, schon von selbst und ohne daß es darüber noch einer besondern Erklärung bedürfte, die Wechselstrenge mit sich führt. (Treitschke, Handb. des WR. §. 74.) In Folge dieses Grundsatzes gilt die Verpflichtung des Acceptanten gegen den Inhaber für eine wechselrechtliche, sonach ist es schwer einzusehen,

warum die durch eben denselben Act, durch Aufsetzung der Acceptation auf den Wechsel contrahirte Verbindlichkeit gegen den Aussteller keine wechselrechtliche seyn soll. Man wendet zwar dagegen ein:

1) daß dieses Verhältniß, in welchem der Aussteller zum Trassaten stehe, ein gewöhnliches mit keiner Wechselverbindlichkeit verbundenes Mandat sey. Allein wenn man darunter einen Vertrag versteht, der alle Eigenschaften des gewöhnlichen Vollmachtvertrags hat, so folgt daraus nichts gegen die wechselrechtliche Verpflichtung der Parteien, weil diese auch mit den Verträgen, welche mit einem schon dem gemeinen Recht bekannten Contract zusammen fallen, sehr wohl verbunden seyn kann, in sofern nur die Verpflichtung auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist. Wenn nämlich der Remittent die erhaltene Tratte gegen baare Bezahlung der Valuta an einen Dritten indossirt, so trägt dieser Vertrag alle Eigenschaften eines wahren Kaufcontracts an sich, und wenn jemand eine gewisse Summe baaren Geldes gegen einen darüber ausgestellten eigenen Wechsel aufnimmt, so hat das Geschäft alle Merkmale eines Darlehns.

2) Nimmt man an: daß der Vertrag welchen der Aussteller mit dem Acceptanten eingegangen, nur ein Nebenvertrag sey, und soll dieß so viel heißen, daß dieser Vertrag nur in einer zufälligen Verbindung mit dem Hauptgeschäft stehe, so ist

a) ein Schluß von dieser Eigenschaft auf die nicht wechselrechtliche Verpflichtung der Parteien durchaus ungegründet; denn eine auf den Wechsel geleistete Bürgschaft ist auch nur ein Nebenvertrag in dem Sinne und dennoch wird der Bürge nach voller Strenge des Wechselrechts verhaftet.

b) Läßt sich diese Eigenschaft dem Vertrag zwischen dem Aussteller und Acceptanten nicht beilegen, indem der Auftrag des erstern an letztern den wesentlichen Inhalt des Wechselbriefs und die ganze Grundlage des ganzen Wechselgeschäfts ausmacht, und die Acceptation, nach der allgemein eingeführten Form derselben, zunächst nur die Annahme des Auftrags ausdrückt, woraus sich dann die Verflichtung gegen den Inhaber erst folgerungsweise ergiebt.

Wenn ferner von den Gegnern angeführt wird, daß das eigentliche Wechselverhältniß durch die von Seiten des Ausstellers erfolgte Wiedereinlösung des Wechsels völlig beendigt sei, und diese Einlösung in sofern gleiche Wirkung mit der Zahlung des Acceptanten habe, so ist dieß unrichtig.

Wenn der Acceptant zahlt, so sind alle Zwecke, um derentwillen der Wechsel ausgestellt und angenommen worden ist, vollständig erreicht. Das Geschäft ist vollendet. Wenn hingegen der Aussteller den Wechsel hat einlösen müssen so sind umgekehrt diese Zwecke nicht erreicht: von einer Aufhebung des Wechselverhältnisses durch Erfüllung kann keine Rede seyn, und wenn gleich das Verhältniß zwischen dem Aussteller und sämmtlichen Inhabern des Wechsels durch die erfolgte Leistung des Regresses abgethan ist, so bleibt doch noch ein Hauptzweck des Wechsels, dem Aussteller den Betrag der Wechselsumme mittelst der von dem Acceptanten zu leistenden Zahlung zu verschaffen, völlig unerledigt, und wird erst gerade dadurch ins Werk gesetzt, wenn nur der Aussteller den Acceptanten aus dem zwar angenommenen, aber nicht vollzogenen Auftrag belangt. Daß er dieß nach Wechselrecht zu thun befugt sey, folgt daraus, weil er aus der Verpflichtung klagt, welche der Acceptant durch Aufsetzung seiner Handschrift auf einen Wechsel contrahirt hat, und es ist daher wieder eine Voraussetzung des zu Beweisenden, wenn gleich wohl das eigentliche Wechselverhältniß schon für ganz beendigt erklärt wird.

Der dritte von der Gleichheit der Rechte hergenommene Grund hat mehr Gewicht. Denn, daß dem Bezogenen, welcher von dem Aussteller die bezahlte Summe zurückfordert, keine Wechselklage gegen denselben zusteht, ist nach richtiger Meinung anzunehmen. Allein die Gleichheit der Rechte zweier Contrahenten setzt eine völlige Gleichheit voraus: hier aber findet sich die große Verschiedenheit. Denn

1) der Anspruch an den Aussteller von Seiten des Acceptanten ist eine, wenn auch nicht eigentlich beabsichtigte, doch von Anfang an vorausgesehene Folge des contrahirten Geschäfts: dagegen der Anspruch des Ausstellers

an den Acceptanten entspringt aus einem Ereigniß, worauf zum Voraus nicht gerechnet ist, aus einem widerrechtlichen Bruch des gegebenen Worts.

2) Liegt es nicht in der Absicht der Parteien, daß dem Acceptanten durch Zahlung des Wechsels gemachte Auslagen augenblicklich wieder bezahlt werden sollen; vielmehr sollen sie vorerst in Rechnung gebracht werden, um sie demnächst wieder zu erstatten. Sonach fehlt es nicht nur der Forderung des Acceptanten gegen den Aussteller an derjenigen bestimmten Verfallzeit, welche bei einer mit Wechselstrenge zu verfolgenden Forderung vorausgesetzt wird, sondern es hat auch der Acceptant durch seine Einwilligung in die ihm gegebene Anweisung die Wechselsumme in Rechnung zu stellen, seine Forderung zu einer gewöhnlichen Conto-Currentforderung gemacht, und sich dadurch der Beitreibung derselben nach Wechselrecht begeben.

Der vierte von den Gegnern angeführte Grund ist der wichtigste.

Dieser Grund stützt sich auf die Voraussetzung, daß der Acceptant berechtigt sey, die bezahlte Geldsumme unverzüglich zu verlangen, und dieser daher, wenn er die Zahlung des Wechsels vom Acceptanten eintreiben wollte, mit der einen Hand nehmen würde, was er sofort mit der andern Hand zurückgeben müßte.

Hier wird der Fall vorausgesetzt, daß keine Deckung erfolgt sey, wobei es zunächst darauf ankommen würde, wem in Ansehung dieses der Beweis obliegt. Nimmt man nach der richtigen Meinung an: daß dem Aussteller die Beweislast treffe, (Bender, a. a. O. B. 2. Abth. 1. S. 356.) so würde doch daraus noch nicht die Verwerflichkeit der Wechselklage des Ausstellers folgen, sondern nur so weit, daß derselbe sogleich mit seiner Klage, zur Beseitigung der zu erwartenden Einrede, den liquiden Beweis beibringen müsse, daß er für die Deckung gesorgt habe. Der Acceptant kann sonst die Wechselklage des Ausstellers durch die Einrede der mangelnden Deckung zurückweisen, indem er sich darauf gründet, daß ihm solche zugesichert, oder von ihm zeitig ausbedungen sei, und dem zu Folge in Gemäß-

heit der richtigen Grundsätze über dem Beweis der exceptio non ad impleti contractus, zwar nicht den Beweis, daß die schuldige Deckung ausgeblieben sei, wohl aber den, daß er dieselbe zu fordern habe, übernehmen.

Wenn aber der entgegengesetzte Fall eintritt, daß die Deckung wirklich erfolgt ist, er den Aussteller aber den Wechsel hat bezahlen müssen, so ist es unbedenklich, daß ihm die Wechselklage gegen den Acceptanten zusteht.

Aus diesem allen ergiebt sich daher die Richtigkeit der angeführten Meinung.

§. 364. (M. §. 232.)

Das Wort Wechsel muß in dem Instrument enthalten seyn, wenn es als Wechsel angesehen werden soll.

1) Es ist eine allgemeine Regel: quidquid ad formam rei requiritur, per aequipollens expediri nequit: insbesondere aber

2) wurde gleich im Anfange der Entstehung des Wechselgeschäfts dieses Wort gebraucht, um die zinsbaren Darlehne durch dieses zu unterscheiden und gegen das Verbot zu sichern.

3) Es ist als eine entschiedene kaufmännische Usance anzusehen, daß nur die Urkunde, welche dieses Wort enthält, ein wahrer Wechsel ist.

4) Die meisten Wechselordnungen enthalten auch diese Bestimmungen, sollte aber auch in einer derselben dieses Erforderniß nicht vorgeschrieben seyn, so kann doch nicht angenommen werden, daß dieß nicht nothwendig sey, indem wohl kein kürzeres, schärferes und bemerkbareres Wort gewählt werden kann, als dieses, um das Ganze zu bezeichnen.

5) Ohne dieses charakterisirende Wort würden insbesondere kaufmännische Anweisungen von den Wechseln gar nicht zu unterscheiden seyn.

6) Jeder Wechsel als ein höchst singulares Institut ist nur aus sich selbst erklärbar, wie jede Singularität im Rechte und darum muß er in sich ein höchst treffendes Erkenntnißzeichen haben, welches nicht besser als mit dem einzigen Worte Wechsel ausgedrückt werden kann.

Hiermit stimmen die meisten Rechtsgelehrten überein: Vangerow, (Wechselrecht §. 94. Zusätze.) Berger, (observ. P. 1. obs. 3. in suppl. P. II. tit. 3. n. 7.) Siegel, (Einl. z. WR. Kap. 1. §. 6.) Riccius, (Exercitat. III. §. 24. IV. §. 88.) Cramer, (observ. P. I. obs. 196.) Entscheidung der Gesetzcommission in preuß. Staaten ten v. 14ten Dec. 1781. in Klein's Annalen (B. 1. S. 12.) Püttmann, (Wechselrecht §. 11) Scherer, (Handb. d. WR. 3. S. 267.) v. Weißeneck, (a. a. O. §. 70. 71.) Tritschke, (a. a. O. S. 19.) Seeburg, (de regr. camb. Lipz. 1824. §. 19.) s. a. (Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 494. Andere nehmen darum das Gegentheil an, weil es bei dem Wechselvertrage vorzüglich darauf ankomme, daß der Schuldner sich wirklich wechselmäßig habe verbinden wollen, und es sonach einerlei sey, ob er das Instrument wirklich einen Wechselbrief nenne, oder sonst nur wörtlich erkläre, sich wechselmäßig verpflichten zu wollen. Stryck, (Diss. de accept. lit. camb. C. 3. n. 10.) Ludovici, (Einl. z. Wechselprozeß Kap. 12. §. 10.) Pohl, (Wechselrecht Th. 1. S. 107.) s. a. Code de commerce Art. 110.

§. 365 a. (M. §. 232.)

Ein in Form einer Tratte eingekleideter Proprewechsel ist nicht nach Grundsätzen von trassirten Wechseln zu beurtheilen.

Die Praxis hat meistens die Form vorwalten lassen, und daher einen solchen Wechsel wie eine Tratte angesehen, womit auch einige Rechtsgelehrte übereinstimmen, als: Curtius, (Handbuch des im K. Sachsen geltenden Civilrechts Th. 3. §. 1129. n. 1.)

Allein mit Recht wird diese Meinung von Andern verworfen, als: Haubold, (Lehrbuch des K. Sächs. Privatrechts §. 419.) indem sich die Ansicht durchaus nicht consequent durchführen läßt. Es würde ganz unangemessen seyn, zu verlangen, daß der Remittent eines solchen Wechsels dem Aussteller, auch wenn dieser kein doppeltes Handelsetablissement oder Domicil hat, die von diesem selbst geschehene Verweigerung der Acceptation oder Zahlung und

die Aufnahme eines deßhalb bei ihm selbst erhobenen Protestes erst notificiren solle, wie es doch bei einer wahren Tratte unerläßlich ist. Schon die Formalität des Protestes erscheint in einem also gestalteten Falle, dafern der Wechsel noch in erster Hand ist, unzweckmäßig.

Anmerk. Ob der Art. 1326. des Cod. Napol. auf eigene Wechsel anwendbar ist s. Makelden, in Oesterlei und Spangenberg Magazin B. 2. S. 349. Pfeiffer, Rechtsfälle Ab. 1. n. 9, Merlin, Repert. tom. VIII. p. 843. Das billet a domicile ist dasjenige, worin der Aussteller sich verpflichtet, an einem andern Orte als dem der Ausstellung an Jemanden eine Summe zu bezahlen. Vincens 1. p. 369. Merlin, Repert. VIII. p. 838.

§. 365b. (M. §. 232. f.)

Auch bey einen Messwechsel ist es nothwendig, den Tag und Monat der Ausstellung genau anzugeben und nicht hinreichend, wenn er nach der Messzeit bestimmt wird.

1) Zur Form eines Wechsels wird die Bestimmung der Zeit der Ausstellung, Tag, Monat und Jahr erfordert. Diejenigen Schuldverschreibungen, denen es an dieser Form mangelt, sind daher nicht als Wechsel anzusehen.

Die Wechselgesetze sind eingeschränkt und nicht ausdehnend zu erklären, wenn daher das Gesetz in Ansehung der Meßwechsel keine Ausnahme macht, so kann auch solche nicht angenommen werden.

3) Dieses angegebene Requisit ist darum nothwendig, um die Wechselfähigkeit, dann die Wechselverjährung darnach zu bestimmen.

4) Wenn gleich auf den Messen gewöhnlich Exemplare vorhanden sind, worin die Zeit nach der Zeit der Messe bestimmt ist, Jubilate-, Michalis-Messe, so hindert dieß nicht, die Zeit zur Befriedigung des Tages und Monats genauer zu bezeichnen.

Ein wichtiger Rechtsfall in Mathis jurist. Monatschrift B. 3. S. 305. u. s. f.

§. 366. (M. §. 233. n. 4.)

Wenn aus dem Interimsschein, welchen der Trassant den Remittenten in dem Fall ausstellt, wenn er nach bezahlter Valuta den Wechsel noch nicht erhält, executivisch geklagt werden kann,

so kann auch gegen den Remittenten, wenn dieser einen Interimsschein ausstellt, indem er nach Empfang des Wechsels die Valuta nicht bezahlte, das nämliche Verfahren statt haben, wenn er wechselfähig ist.

1) Blos aus einem Wechsel kann ein wechselmäßiges Verfahren statt finden. Ein Interimsschein ist aber kein Wechsel, sondern ein Vorläufer wechselähnlicher Verschreibungen. Doch wird in einigen Wechselgesetzen auch dem Interimsschein des Trassanten die Eigenschaft beigelegt, daß aus ihm wechselmäßig geklagt werden kann. Leipz. WO. §. 26. Braunschw WO. Art. 9. Hamburger WO. Th. 1. 3. 37. Oesterreich. WO. Art. 39. Badner Handelsrecht Art. 114. Nach Andern findet blos der Executiv-Prozeß statt. Pr. LR. §. 958.

2) Die Rechte der Contrahenten sind sich gleich und es muß sonach aus dem Vertrage die nämliche Wirkung, welche für den einen aus der Nichterfüllung nach gesetzlicher Vorschrift entsteht, auch bei dem andern eintreten, wenn nicht aus dem persönlichen Verhältniß eine Verschiedenheit entsteht; wenn der Remittent wechselunfähig wäre, so würde, wenn aus dem Interimsschein des Trassanten auch wechselmäßig geklagt werden könnte, gegen den Remittenten dennoch nur der Executiv-Prozeß statt haben. Dieser Meinung sind: Bender, (Gr. d. WR. 2te Abth. S. 52.) der entgegengesetzten: Wagner, (Handb. des in öster. Staaten geltenden WR. B. 1. S. 110.)

§. 367. (M. §. 235.)

Die Angabe der Valuta ist kein nothwendiges Erforderniß eines Wechsels.

1) Das in dem Wechsel enthaltene Versprechen, wechselmäßig zu zahlen, ist hinreichend zur Begründung der Wechselverbindlichkeit.

2) Wen gleich nach dem Civilrecht (L. 25. §. 4. D. de probat. c. 14. X. de fid. instr.) die Angabe der Valuta in Schuldverschreibungen erfordert wird, so ist dieß

nach dem allgemeinen Wechselrecht darum unnöthig, weil die Angabe ein Naturale, nicht aber Essentiale ist, obgleich nicht zu leugnen ist, daß es rathsam sey, weil unter andern alsdann eine Menge von Scheingründen, die namentlich bei der Wechselreuterei, entstehen kräftig vorgebeugt werden können.

Daher ist es hinreichend, wenn die causa debendi generell ausgedrückt ist, „Werth erhalten;" die causa debendi specialis „Werth in Waare, Werth in Rechnung in banco," braucht weder bei trassirten noch eigenen Wechseln hinzugefügt zu werden.

Gleicher Meinung sind: Raphael de Turri, (Diss. p. 2. q. 1. n. 9.) Gualter, (Diss. p. 26.) Francke, (Inst. iur. cambialis I. 1. 18. 9.) Lauterbach, (de iure in curia mercatorum th. 120.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 238.) Püttmann, Grundsätze des WR. §. 232.) Bender, (Wechselrecht Abth. 1. §. 287. S. 188.)

Dagegen sind Andere der Meinung, daß die causa debendi speciell ausgedrückt seyn müsse, unter Andern: Heineccius, (element. iur. cambial. Cap. IV. §. 13.)

Sehr verschiedene Bestimmungen trifft man hierüber in den Wechselordnungen an.

Einige schreiben die Angabe überhaupt vor, bestimmen eine causa debendi generalis.

Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 766. „Ist nur der Ausdruck: Valuta oder Werth gebraucht; so kommt es übrigens auf die Worte, womit das Empfangsbekenntniß ausgedrückt worden, nicht an."

Nur in Ansehung derjenigen Personen, welchen die Wechselfähigkeit besonders beigelegt ist, als adelichen Gutsbesitzern, soll nach §. 796. das Bekenntniß des Ausstellers die Valuta baar erhalten zu haben, enthalten.

Nach der Sächs. Wechselordnung §. 3. Anh. der E. PO. §. 5. und 15. ist das Bekenntniß der Valuta nicht nothwendig. (Haubold, Lehrb. des königl. sächs. Privatrechts §. 419.)

Dagegen muß nach der Augsburgischen WO. Cap. 4. §. 3. Nürnbergischen WO. C. 1. §. 2.

die causa specialis angegeben sein: auch nach dem Code de Commerce Art. 110. La Lettre de change est tirée d'un l'un sur un autre. — La valeur fournie en espéces, en marchandises, en compte, ou de toute autre manière. (Pardessus Disc. II. p. 388.)

§. 368. (M. §. 235 a. n. 3.)

Der Inhaber eines nicht acceptirten Wechsels ist berechtigt, im ordentlichen Prozeß von dem Trassanten, oder wenn derselbe während der Zeit insolvent geworden, von der Concursmasse die Cession seiner Rechte gegen den Trassaten bis zum Betrag des Wechsels zu fordern, wenn der Trassat ein Schuldner des Trassanten ist und bleibt.

1) Dem Ursprung des Wechselgeschäfts und der Natur desselben, sowie auch nach den allgemeinen Grundsätzen des Wechselrechts liegt, noch jedem trassirten Wechsel die Uebertragung zu Grunde.

2) bei Ausstellung eines Wechsels für Rechnung eines Dritten handelt der Trassant im Namen des Dritten, dieser wird mithin dem Trassanten zur Bezahlung der aus einem solchen Wechsel entstandenen Ricambio-Rechnung als Urheber des Wechsels rechtlich verbindlich, so daß in dem Falle dieser Dritte Debitor des Trassanten ist, der concurrente Theil dieser Forderung von den activis des Trassanten in dem Augenblick der Ausstellung abgesondert wird.

3) Nach der Natur des Wechselvertrags wird bei dem Kauf des Wechsels nicht ausschließlich auf die Zahlungsfähigkeit des Verkäufers, sondern auf die Wahrheit der ihm übertragenen, der Ausstellung des Wechsels zu Grunde liegenden Forderung Rücksicht genommen.

4) Bei Abgabe eines solchen Wechsels creditirt der Trassant in seiner Rechnung mit dem Trassaten diesem für den Betrag des Wechsels, und letzterer wird von seiner Schuld an diesen in tantum liberirt, und für diesen Betrag wird er nicht eher Schuldner des Trassanten, als bis ihm der Protest wegen Nichtbezahlung dieses Wechsels mitgetheilt ist; er, der Dritte oder der Trassant, oder in dem Falle, wenn Concurs ausgebrochen, die Creditmasse würde ja,

wenn der Inhaber dieses nicht bezahlten Wechsels nicht das Recht hätte, jura cessa von dem Trassanten zu verlangen, dadurch mit dessen Schaden bereichert werden, welches nach allgemeinen Rechtsbestimmungen unerlaubt ist.

5) Ist der Wechsel wie ein Kauf anzusehen. Die Natur des Wechselcontracts setzt voraus, daß der Remittent, welcher einen Wechsel kauft und die Valuta dafür bezahlt, von dem Trassanten oder Verkäufer die Wahrheit erwartet, daß die eingetauschte oder eingekaufte Münzsorte und Summe bei dem Bezogenen zur Bezahlung der gekauften Tratte auch wirklich angelegt sey. Diese bei dem Trassaten placirte Valuta des Wechsels ist sonach das Object des Kaufs, welches mit dem Ankauf des Wechsels sofort in das Eigenthum des Remittenten übergegangen ist. Mit Zuversicht erwartet der Remittent, sein Geld von dem Trassaten wieder zu erhalten, vertraut der Angabe des Trassanten, daß er wirklich bei dem Bezogenen das Geld angelegt habe. Könnte eine solche Vermuthung nicht Platz greifen, so würde sich wohl niemand zum Ankauf eines Wechsels gegen gleich zu bezahlende Valuta entschließen.

Aus dieser Ansicht ergiebt sich, daß wenn über das Vermögen des Trassanten Concurs ausbricht, das Eigenthum des Guthabens, was der Trassant bei dem Bezogenen hat, so fort bis zu dessen Betrag auf den Remittenten übergeht und diesem ein Separationsrecht zukomme.

6) Die Tratte wird auf das effective Guthaben des Trassanten gegeben, es ist daher billig, daß dem Remittenten, der sein baares Geld an den Trassanten bezahlt hat, für die bezahlte Valuta das Guthaben des Trassanten an den Bezogenen vor allen andern Massegläubigern zugewiesen werde, da er in directer Beziehung auf denselben sein Geld bezahlt hat.

Hiermit stimmen überein: Sieveking, (Materialien §. 121.) von Tevenar, (Handelsr. §. 80.) Martin, (Wechselencyclopädie §. 21.) Mittermaier, (a. a. O.) Analogisch ist auch dasjenige anzuwenden, was der Code de commerce bestimmt: in Art. 115 heißt es: La provision doit etre faite par le tireur, — art. 117. L'acceptа-

ceptation suppose la provision. (Pardessus discours 1. p. 271.) Wegen der englischen WO. Thomason, treatise on the Law of bills of exchange. Edinburg. 1825. p. 365.

Dagegen nehmen Andere als: Drummer, (Archiv d. HR. B. 1. n. 8. in der Abh. über eine angebliche, eigenthümliche Verbindlichkeit des Trassanten, dessen Schuldner der Trassat ist, gegen den Remittenten oder sonstigen Inhaber eines nicht acceptirten Wechsels.) Bender, (WR. Th. 2. Abth. 1. S. 359. 2. Abth. S. 465.) Heisse und Cropp, (jurist. Abh. Th. 2. n. 13.) das Gegentheil an. Die Gründe sind:

1) der Remittent hat, wenn der Wechsel nicht acceptirt, sondern protestirt wird, kein anderes Recht gegen den Trassanten als die Zahlung der Ricambio Rechnung zu fordern und wenn er fallirt, sich wegen der Forderung an die Masse zu halten.

2) Wollte man annehmen, daß er befugt sey, sich iura cessa von der Concursmasse des Trassanten geben zu lassen, so würde er ja ein Vorrecht erhalten, welches keinem der übrigen Gläubiger zukommt, und wozu auch nicht der mindeste Grund vorhanden ist.

3) Der Wechsel enthalte keine Cession, denn wenn

a) auf den Ursprung Rücksicht genommen wird, so sey er weiter nichts als eine Anweisung, auf einen dritten Platz gemacht.

b) Auch sey solche nicht in dem Worte Wechsel enthalten.

c) Sehe man auf die Absicht der Contrahenten, so will der Empfänger des Wechsels sein Geld an einem dritten Ort wieder bezahlt haben, ihm sey es ganz gleichgültig, ob der Trassant von dem Trassaten etwas zu fordern habe, er sehe blos auf die Zahlbarkeit des Trassanten.

4) Da der Remittent bei dem Wechselgeschäft blos auf den Trassanten Rücksicht nimmt, diesen Credit ertheilt, so trete der Grundsatz ein, seinen Glauben da zu suchen, wo er ihn verloren habe.

§. 369. (M. §. 285.)

Der von einem Minderjährigen ausgestellte Wechsel ist selbst dann ungültig, wenn er eidlich bestärkt wurde.

1) Der von einem Minderjährigen ausgestellte Wechsel ist in Rücksicht seiner unverbindlich, er bedarf keiner restitutio in integrum, (L. 16. §. 3. D. de minoribus XXV. annis.) er kann dem Gläubiger die exceptio minorennitatis opponiren, und in vier Jahren nach Erlangung der Großjährigkeit das Bezahlte zurückfordern. Selbst dann, wenn er als Großjähriger den Wechsel anerkannt, ist dennoch der Wechsel ungültig, nach der Regel: quod ab initio nullum est, lapsu temporis convalescere non potest.

2) Durch den Eid erhält ein Geschäft an sich keine größere Kraft, als es an sich hat.

3) Die auth. sacram. puber. C. si adv. vendit. worin es heißt: iusiurandam ex minori facit majorem, ist blos auf einen solchen Fall zu beziehen, wo ein Minderjähriger eine an sich erlaubte Handlung oder gültiges Geschäft durch den Eid bestärkt.

4) Wollte man das Gegentheil annehmen, so würden ja die Gesetze, welche den Minderjährigen verbieten, Wechsel auszustellen, umgangen und der Grund derselben vereitelt werden, welcher doch kein anderer ist, als der, daß sie wegen Unerfahrenheit, durch leichte Verführung nicht um ihr Vermögen gebracht werden. Hiermit stimmen überein: Siegel, (Einl. zum WR. Th. 1. K. 2. §. 13.) Kind, (Quaest. for. T. IV. n. 12. p. 60.) Bender, (WR. Th. 2. Abth. 1. S. 290.) s. a. Chursächs. Mandat. v. 21. April 1724. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 729. Auch dadurch, daß Jemand sich für einen Wechselfähigen ausgegeben, und diese Angabe sogar eidlich bestärkt hat, erlangt der Gläubiger kein Wechselrecht. (Th. I. tit. V. §. 35. 36.)

Der entgegengesetzten Meinung sind: Berger, (oecon. iur. p. 669.) Püttmann, (Gr. des WR. §. 36.) vorzüglich darum, weil die angef. Authentica dahin auszulegen sind, daß durch den Eid eine ungültige Handlung dennoch Kraft erhalte.

§. 370a. (M. §. 236. n. II.)

Die Geistlichen und Militairpersonen sind wechselunfähig.

Was die Geistlichen betrifft, so steht der Wechselfähigkeit derselben, wenn man auch auf das Verbot des canonischen Rechts (C. 15. 16. X. de vita et honest. cler. C. 18. X. de censibus C. 29. C. 1. 9. 1.) und das Concil. Tredent. Sess. 22. C. 1. de refor. daß die Geistlichen keine Handelsgeschäfte treiben sollen, keine Rücksicht nehmen will, indem der Geistliche, ohne ein Gewerbe zu treiben, in gewissen Fällen einen Wechsel, um sich eher Geld zu verschaffen, auszustellen veranlaßt werden kann, überhaupt entgegen: daß die Wechselstrenge gegen sie, vermöge ihres Amts, nicht statt haben kann, und das öffentliche Verhältniß, in welchem die Geistlichen stehen, darunter leiden würde. Wenn gleich dieses ist, so ist dennoch ein von einem Geistlichen ausgestellter Wechsel nicht ungültig, er kann nur nicht als Wechsel gelten und die Wechselstrenge bewirken; eben so wenig, als der von dem Geistlichen früher, als er das geistliche Amt antrat, ausgestellte Wechsel, welcher jetzt, nachdem er das geistliche Amt erhalten, zahlbar wird.

Dieser Meinung sind unter Andern: Brunneman, (de iure eccl. Lib. I. c. VI. membr. X. §. 7.) Eichhorn, (Einl. §. 28. n. l.) Bender, (WR. 1. S. 259. §. 309.)

Hiermit stimmen auch viele Particulairgesetze überein. Oberpfälzische WO. §. 1. Oberlausitzische WO. §. 2. Chursächs. Patent vom 22. März 1711. Sächs. Mandat die Aufhebung d. Wechselverf. gegen kath. Geist. v. 9. Juni 1808. Mandat vom 7. August 1818. die Aufhebung des Wechselverf. gegen Geist. bet. (Haubold, Sächs. Privatrecht §. 418.) Hennebergische WO. §. X.

Nur in einzelnen Fällen, oder einzelnen Geistlichen wird die Wechselfähigkeit gestattet. So sind nach der Entscheidung der preuß. Gesetzcommission v. 19. Jan. 1788. (Kleins Annalen B. 3. S. 352.) die canonici wechselfähig. Nach der pr. Verord. vom 30. Mai 1790 und 20. Aug. 1806 können sich Geistliche gegen die allgemeine Wit-

wenkasse wechselmäßig verpflichten. So sind nach der braunschweigschen WO. Art. VI. die Geistlichen wechselfähig; nach dem herz. Rescript v. 9. Sept. 1760 kann aber dieß auf die Stiftspersonen nicht bezogen werden. (Wolffstamm, Sammlung braunschw. Wechselv. lit. M. M. S. 231.)

Andere dagegen nehmen an, daß die Geistlichen überhaupt wechselfähig sind; Rivinus, (de cleric. cambiant. Lpz. 1730.) Riccius, (Exercit. ad ius camb. Exerc. V. Sect. III. §. 23.) Beck, (Wechselrecht C. 1. §. 12. not. 3.) Berger, (oecon. iur. Lib. VI. Tit. XXX. §. 4. n. 6.) Scherer, (Handbuch des WR. Th. 1. S. 688.) Mittermaier, (a. a. O.)

Einige halten die catholischen Geistlichen für wechselunfähig, Andere nicht. Scaccia, (de commerciis et camb. §. 1. 9. VII. Part. II. ampl. XI. n. 6.) Die evangelischen Geistlichen halten Mehrere darum für wechselfähig, weil das canonische Recht, in so fern es ihre Person, Rechte und Verbindlichkeit betrifft, auf sie unanwendbar sey, als: Böhmer, (ius. eccl. Prot. Lib. 3. Tit. 33. §. 2. 3.) Franck, (Inst. iur. camb. Lib. 1. Sec. 1. tit. 9. §. 5.) Strecker, (de iis. qui a nexu cambiorum vel iur. camb. rigore sunt exemti §. 18.) Mosham, (WR. §. 106.)

In Ansehung der Wechsel, welche ein Geistlicher vorher, ehe er in den geistlichen Stand getreten, ausgestellt, sind Strecker, (a. a. O. §. 18.) Rivinus, (a. a. O. §. 4.) Siegel, (Wechselgläubiger Cap. 11. §. 3.) Scherer, (a. a. O. S. 692.) Bender, (a. a. O. S. 264.) der Meinung, daß die Wechselstrenge gegen ihn statt habe, weil, wie Letzterer bemerkt, durch die Veränderung des Standes den rechterworbenen Rechten der Wechselgläubiger kein Abbruch geschehen dürfe. Wenn dem Geistlichen die Wechselfähigkeit beigelegt wird, so ist die Frage: ob er bei dem Wechsel- oder Handelsgericht belangt werden kann, oder ob er auf seinen befreiten Gerichtsstand Ansprüche zu machen berechtigt sey, bestritten.

Es kommt hier das C. 4. X. de jud. C. 12. 13. X. de foro compet. in Betracht, nach welchen sie ihr Forum nicht prorogiren dürfen: daher auch Rivinus, (a. a. O. §. 19.) Struben, (Nebenst. Th. VI. Abtheil. LXV. §. 35.) Scherer, (a. a. O.) der Meinung sind, daß er bei den geistlichen Gerichten belangt werden müsse; wogegen aber sich einwenden läßt, daß in Handels- und Wechselsachen die privilegirten Gerichtsstände überhaupt nicht in Betracht kommen.

Ein gleicher Grund, wie bei den Geistlichen, tritt auch bei den Militairpersonen ein; das öffentliche Verhältniß, in welchem sie stehen, muß bei der Collision ihres Privatverhältnisses den Vorzug haben.

Einige sind der Meinung, daß den Oberoffizieren die Wechselfähigkeit nicht abzusprechen sey, als: Püttmann, (WR. §. 32.) Mosham, (WR. §. 116.)

Andere legen ihnen die Wechselfähigkeit überhaupt bei, als: Pohl, (WR. S. 80.) Bender, (WR. S. 267. §. §. 310) Mittermaier, (a. a. O.)

So verschieden die Meinungen der Rechtsgelehrten sind, so verschiedene Bestimmungen finden sich in den Particulairgesetzen. Nach der baier. WO. §. 3. lit. g. sind die, welche außer ihrer Gage eigenthümliches Vermögen besitzen, wechselfähig. Nach der Breslauer WO. von 1753. (Vater, Repertorium der pr. schleß. Verf. Th. 2. S. 88.) sind sie wechselfähig, doch kann ein Oberofficier in Wechselsachen nicht eher bei dem Oberamt in Anspruch genommen werden, als zuvor die Sache bei dem Commandeur verhandelt war. In Preußen sind sie wechselunfähig, doch können sie durch Certificate zu einzelnen Wechselgeschäften die Fähigkeit erhalten, so wie sie sich auch gegen die Wittwenkasse wegen der Eintrittsgelder wechselmäßig verpflichten können. Cabinetsordre v. 3. Jan. 1816. Nach der sächs. erneuerten Ordonnanz vom 30. Juni 1752. §. 94. und nach dem Kriegsregl. vom 23. Jan. 1789. Abs. VIII. §. 15. 18. sind Unterofficiere und gemeine Soldaten wechselunfähig; nach der ersten Verord. sind die Wechsel, so lange der Aussteller im wirklichen Kriegsdienst des Landesherrn sich befin-

det, **ungültig**; nach der zweiten Verord. sollen die in diesem Verhältniß ausgestellten Wechsel keine **Wechselkraft** haben, doch aber, wenn sie eignes Vermögen haben, als Schuldverschreibungen gelten. Zweifelhaft ist aber, ob diese Verord. nicht durch das Mandat vom 15. Feb. 1822. einige privatrechtl. Bestimmungen in Hinsicht der Militairpersonen bet. aufgehoben sind, indem in denselben bestimmt ist, daß die von den Militairpersonen aufgenommenen Darlehne und gemachten Schulden denen der übrigen Unterthanen gleich geachtet seyn sollen. Allein da in § 2. 4. und 7. des Mandats blos vom Wechselrecht in Beziehung auf die Oberofficiere gehandelt wird, auch in der einen Ordonnanz vom 19. Juli 1828 Th. 2. §. 54. 82 vom Wechselverfahren gegen die Oberofficiere die Rede ist, so kann dieses Mandat auf die Unterofficier und gemeinen Soldaten nicht bezogen, und jene ältern Verordnungen als aufgehoben betrachtet werden. Die Stabs- und Oberofficiere sind nach dem Rescript vom 27. Mai 1725 und Kriegsregl. Abs. VIII. §. 16. wechselfähig und es findet gegen sie das Wechselverfahren statt, doch nicht während des Kriegszustandes. Mand. vom 15 Feb. 1822. §. 3 u. 4. (**Haubold**, sächs. Privatrecht §. 418. 493)

Bei der behaupteten Wechselunfähigkeit der Geistlichen und der Militairpersonen wird überhaupt vorausgesetzt, daß das strenge Wechselverfahren eingeführt ist, Personalarrest die Folge der Nichtzahlung ist. Denn wenn das gemilderte Wechselverfahren eingeführt ist, Execution in das bewegliche und unbewegliche Vermögen statt hat, so kann die Wechselfähigkeit gedachter Personen nur dann in Abrede gestellt werden, wenn sie nach dem Particulairgesetz überhaupt als wechselunfähig anzusehen sind.

§. 370 b. (M. §. 236.)

Aus einem, von einem solchen ausgestellten Wechsel, der sich für großjährig fälschlich ausgegeben, kann executivisch geklagt werden und die Exceptio minoris aetatis ist unzulässig.

Wenn ein Minderjähriger einen Wechsel ausgestellt, worin er sich als großjährig ausgegeben hat, so kommt es

darauf an: ob der Gläubiger diese falsche Angabe veranlaßt, oder ob der Minderjährige selbst dieses gethan hat; in jenem Falle findet die exceptio minoris aetatis seine völlige Anwendung; (L. X. arg. 3. C. si minor se majorem dixerit.) in diesem Falle kann aber die exceptio sogleich durch die replicatio doli zurückgewiesen werden, denn die Gesetze kommen dem Irrenden, nicht aber dem zu Hülfe, welcher auf Betrug ausgeht.

Dieß ist nicht nur der Billigkeit gemäß, sondern auch in ähnlichen Fällen deutlich in den Gesetzen bestimmt. So fällt die exceptio S. C. Macedoniani weg, wenn der Minderjährige sich, um den Gläubiger zu betrügen, für großjährig ausgegeben hat. (L. 1. C. ad S. C. Maced. „Si filiusfamilias, quum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, quum se patremfamilias diceret, cuius adfirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes: exceptio ei denegabitur.[l])

l) S. a. Sächs. Mandat vom 21. April 2724. §. 4. wo es heißt: wenn er (nämlich der Minderjährige unter 25 J.) bei Unterschrift eines Wechsels vor 25 J. alt sich wider die Wahrheit ausgegeben, und dadurch den Creditoren (dem sodann und wenn er dieses erweisen kann, zur Bezahlung, jedoch nicht nach Wechselrecht, sondern sonst behörig verholfen werden soll,) fälschlich induciret.

Der Executiv-Prozeß kann jedoch nur in dem Falle statt finden, wenn in dem Wechsel der noch Minderjährige sich selbst für großjährig ausgab; denn wenn dieß nicht geschehen, so müßte der Gläubiger beweisen, daß der Einwand des Beklagten wegen der Minderjährigkeit in sofern falsch sey, weil er sich betrügerisch für großjährig ausgegeben hat. Dieser Beweis kann aber nur im ordentlichen Prozeß geführt werden; überdieß wird aber noch erfordert, daß er darthut, sich im wesentlichen Irrthume befunden zu haben; wie dieß auch dann erfordert wird, wenn ein filius familias sich für einen pater familias ausgegeben hat. (L. 1. C. ad. S. C. Macedoniarium „ut eius adfirmationi credidisse te iusta ratione edocere possis.) Hiermit stimmt überein: Kind, (Quaest. for. T. IV. C. XII.) Kapf, (würtemb. Rechtssprüche S. 420.) Bender, (WR. 1. §. 315. S. 293. not. 5.) Das Gegentheil nimmt an:

Mencken, (Diss. de personis per mandata a. 1718. d. 29. Dec. u. 21. April 1724. cambialiter contrahere prohibitis Vit. 1724.)

§. 371. (M. §. 236. n. 5.)

Dem Weibe, welches dem Wechsel mit ihrem Manne gemeinschaftlich unterschrieben hat, kommt auch dann, wenn der Wechsel verjährt ist, die Exceptio SC. Velleiani und auth. cod. si qua mulier nicht zu.

Unter der Voraussetzung, daß die Wechselordnung die Wechselfähigkeit des Weibes nicht ausschließt, kann eine Frau, welche den Wechsel mit ihrem Manne gemeinschaftlich unterschrieben hat, dann, wenn dieser ihn ohne ihre Zuziehung prolongirte, und sonach die Wechselkraft nur in Hinsicht seiner erhalten wurde, in Hinsicht ihrer aber als verjährt zu betrachten ist, sich dennoch nicht auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten berufen: denn

1) kann sich ein Weib, welches wechselfähig, gesetzt auch, daß sie keine Handelsfrau ist, auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten überhaupt nicht berufen. Hurlebusch, (Diss. de except. SC. Vellei. si qua mulier in cambiis iur. bruns. cessante 1782.)

2) Ist der Wechsel von dem Weibe nicht prolongirt und sonach in Hinsicht ihrer, nach Ablauf der bestimmten Zeit, die Wechselkraft erloschen, (gewöhnlich in Jahresfrist) so erlischt doch dadurch die Forderung selbst nicht, und das Document ist nicht als eine simple Schuldverschreibung anzusehen, sondern hat noch immer die Eigenschaft eines Instrumenti guarentigiati. Scaccia, (de cambiis c. 7. ICti Tübing. Vol. VIII. C. LXXVII.) Estor, (Unterricht von Urtheilen und Bescheiden §. 1155.) Hommel, (Rhaps. obs. 91.) Wollte man aber dieß auch nicht annehmen, so können doch die Wirkungen nicht von der Art seyn, daß dadurch alle aufgehoben werden. Riccius, (Exercit. iur. camb. exerc. XI. §. 88.)

3) Das Geschäft war vom Anfange an gültig, man mag das Weib als Mitschuldnerin oder als Bürgin ansehen, sie bleibt so lange tenent, als bis die Schuld bezahlt

ist. Man kann hier dasjenige, was das römische Recht bestimmt, analogisch zur Anwendung bringen. Die L. 12. D. de minorib. bestimmt, daß ein Weib, welches sich für einen Unvermögenden oder Minderjährigen verbürgte, auf das Sc. Vellei. keine Ansprüche machen kann; daß sie aber alsdann, wenn der Minderjährige majorenn wird, von ihrer Verbindlichkeit frei werde, ist nicht bestimmt. So ist auch eine Handelsfrau, wenn sie auch die Handlung niedergelegt, dennoch verbunden, die vorher gemachten Wechselschulden zu bezahlen. Riccius, (Exercit. iur. camb. exerc. V. Sect. 2. §. 10.) Vangerow, (Entwurf des Wechselrechts §. 47.)

Hiermit stimmt überein: Hurlebusch, Versuch eines Beweises, daß auch gegen verjährte Wechsel die Einrede des Vellei. Rathschlusses nach der Braunschw. WO. unzulässig sey. Berl. 1785.

§. 372. (M. §. 237. n. 1.)

Der Taufname des Indossanten braucht nicht hinzugefügt zu werden.

Daß bei einem Wechsel die Hinzufügung des Tauf- oder Zunamen nicht zu geschehen braucht, wenn die Wechselordnungen dieß nicht ausdrücklich bestimmen, ist von den Meisten angenommen: Franck, (Inst. iur. camb. Lib. 1. Sect. 1. Tit. 8. §. 19.) Siegel, (Einl. z. WR. S. 24.) Püttmann, (Gr. des Wechselrechts §. 11.) Hommel, (Rhaps. obs. 645.) Bestritten aber ist die Frage: ob nicht bei einem Indossament dieß geschehen müsse, von Franck, (a. a. O. Lib. 1. Sect. 2. tit. 5. §. 19.) Barth, (Hodeget. forens. Cap. IV. not. e. p. 783) Höckner, (Diss. de liter. camb. indos. C. 2. §. 9. in Besecke, Th. iuris camb. P. I. p. 393.) Nach der richtigen Meinung ist es unnöthig. Püttmann, (a. a. O. §. 83.) Kind, (Quaest. for. T. IV. C. XVI. p. 80.)

§. 373. (M. §. 237. n. 4.)

Der wechselfähige Indossant, der wissentlich einen von einem nicht Wechselfähigen ausgestellten Wechsel indossirt, ist dem Indossatar

wechselmäßig verhaftet, wenn gleich dieser seine Ansprüche nicht gegen den ersten Aussteller zur Verfallzeit vorher geltend gemacht hat.

Wenn ein Wechselunfähiger einen Wechsel ausgestellt, so kann gegen ihn kein Wechselrecht statt finden, und sonach hat die Uebertragung dieses Instruments an einem Andern blos die Wirkung einer Cession; er, der Indossatar, steht im Verhältniß zum Aussteller bloß in dem eines Cessionars.

2) Ist der Wechsel von einem Wechselunfähigen ausgestellt, und von einem Wechselfähigen indossirt, so ist das Verhältniß, in welchem der Indossant mit dem Indossatar steht, nicht mehr als eine Cession zu beurtheilen; dieses Indossament hat alle Kraft. Gegen diese Behauptung kann nicht eingewendet werden: dieser spätere wechselfähige Indossant habe durch jenes unvollkommne Giro gewiß nur Cessionsrechte erhalten, könne also auch kein besseres Recht übertragen; denn das Cessionsverhältniß beschränkt sich auf die Person jenes wechselunfähigen Indossanten und dieses fähigen Indossatars; zwischen beiden existirt kein wechselrechtliches Band; dagegen erwarb der Indossatar von jenem Indossanten allerdings auch das Wechselrecht gegen dessen Vormänner, also kann er dieses Wechselrecht auch wieder vergeben, obgleich jener wechselunfähige Indossant in der Reihe aller Indossanten nur als gemeiner Cedent sich darstellt.

3) Der Grundsatz: quod ab initio nullum est, lapsu temporis convalescere non potest, kann hier keine Anwendung finden, indem der Indossatar wirklich wechselfähig ist.

4) Ein Indossant, der einen ihm bekanntlich nicht gültigen Wechsel förmlich indossirt, unterwirft sich ipso iure allen Folgen eines wahren Indossaments, mithin auch der Wechselverbindlichkeit, seiner Ueberzeugung ungeachtet, daß dergleichen bei dem Instrument gegen den wechselunfähigen Aussteller nicht vorhanden sey. Der, welcher eine Wechselverbindlichkeit übernimmt, wo vorher noch keine vorhan-

den war, ist eben dadurch der erste Wechselschuldner geworden, und dem Indossatar wechselmäßig verbindlich.

5) Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde dem Wechselverkehre eine seiner Hauptstützen, der Credit entzogen, indem ohne sie ein Einziger Vielen den Genuß und Schutz der Wechselstrenge, obwohl diese gar keine Schuld dabei hätten, rauben könnte.

6) Ist es nicht nothwendig, daß der Indossatar seine Ansprüche gegen den ersten Aussteller geltend gemacht hat, denn selbst in dem Falle, wenn das Hauptinstrument falsch ist, bleibt die Wechselverbindlichkeit zwischen dem Indossanten und Indossatar bei Kräften.

Hiermit stimmt überein: die Entscheidung der preuß. Gesetzcommission v. 11 Nov. 1796. Stengel, (Beiträge B. 3. S. 409.) s a. Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 833. Ist ein Instrument in gehöriger Wechselform abgefaßt, der Aussteller aber zu Wechselgeschäften nicht fähig: so haftet dennoch jeder wechselfähige Indossant seinen Hintermännern wechselmäßig; s. dagegen das, was Bender, (Wechselrecht B. 2. Abth. 1. §. 364.) angeführt hat.

§. 374. (M. §. 239. n. 1.)

Der Zusatz: auf Ordre, ist im Indossament nicht wesentlich, obgleich rathsam.

1) Die Handelsusance entscheidet zwar für den Zusatz auf Ordre, auch erkennt der Kaufmann darin die gegebene Befugniß zur Uebertragung des Wechsels an einen Dritten, und zwar nach Wechselrecht, ja man findet diese Ansicht so fest gehalten, daß nicht selten bei Rectawechseln ausdrücklich gesagt wird: zahlen sie gegen diesen meinen Solowechsel blos an Herrn N. oder creditiren sie dem N. Auch ist es

2) der Vorsicht gemäß, wenn es geschieht. Allein der Zusatz ist darum ganz unnöthig und unwesentlich, 1) weil durch das Indossament an sich schon auf rechtmäßige Art das Eigenthum erworben wird, worüber der Indossatar willkürlich verfügen, sonach auf jeden Dritten übertragen kann; um so mehr, da man im Giro die tägliche Be-

stimmung einer Tratte nicht mit Unrecht finden mag, so daß weit eher ein besonderer Zusatz für den Fall, daß eine Tratte ein Mal gar nicht girirt werden sollte, zu entbehren ist. 2) Ist es ganz unrichtig, wenn behauptet wird, daß der Wechselschuldner alle Einrede, welche er gegen den Indossanten hätte geltend machen können, durch das Giro gegen den Indossatar dann erst verliere, wenn das Indossament auf Ordre lautet, indem der Grund dieser exorbitanten Abweichung von dem gemeinen Recht in einer Verzichtleistung auf jene gemeinschaftlichen Befugnisse enthalten ist, und eben ein solcher ausdrücklicher Verzicht auf die aus der Cession entspringenden Befugnisse gerade in dem Worte Ordre liegt. Eben so unrichtig ist 3) die Behauptung, daß, wenn ein Wechsel ein Mal und öfters auf Ordre girirt worden ist, dieses Wort aber in dem letzten Indossament weggelassen, alsdann von da an dieser Wechsel nicht mehr girofähig sey, mit andern Worten ein solcher Wechsel von da an als ein Rectawechsel erscheine.

Hiermit stimmen überein: Grolmann, (de cess. lit. camb. vom Transport der W. B. Gießen 1711 Kap. 3. §. 5.) Schubert, (Quaest. 1. VI. §. 7.) Siegel, (Einl. 1. Kap. 3. §. 13.) Stryck, (de lit. camb. except. C. 3. §. 18.) Heineccius, (elem. iur. camb. C. 2. §. 8.) Martens, (WR. §. 82.) Scherer, (Handbuch des WR. Th. 2. S. 27.) v. Weiseneck, (Theorie d. WR. §. 93. 94.) Bender, (WR. Th. 2. Abth. 1. §. 362.) Eichhorn, (Einl. §. 135.) s. a. Pr. LR. (Th. 2. tit. 8. §. 829) „Ein Indossatarius, welcher Herr des Wechsels ist, kann denselben ohne Unterschied: ob er auf Ordre lautet oder nicht, weiter indossiren. § 830. Ist er aber nur als Specialbevollmächtigter anzusehen, so kann er nur weiter indossiren, wenn das Indossament, vermöge dessen der Wechsel an ihn gediehen ist, auf Ordre lautet."

Das Gegentheil vertheidigen: Königke, (z. Leipz. WO. Art. 2.) Orth, (Frankf. Reformation 2. S. 591.) Streit, (Posit. miscell. ex iure cambiali p. 39. in Beseke, thes. p. 1096.) Sieveking, (Mat. z. WR. §. 186.) Wagner, (Oestr. WR. §. 120. n. b.) Grat-

tenauer, (Beitr. 2. S. 70.) Archiv des Handelsrechts, Th. 1. n. 7. S. 110. s. a. Augsburg. WO. Kap. 8. §. 3. Badisches HR. Art. 110. Oestr. WO. Art. 33. Hofdecret v. 24sten Sept. 1782.

§. 375. (M. §. 239. n. 3.)

Das Indossament kann auch nach dem Verfalltage erfolgen, insbesondere da, wo der Zahlungstag später als der Verfalltag ist.

Die Wechselordnungen enthalten über die Frage: ob das Indossament, wenn es nach dem Tage der Verfallzeit erfolgt, noch als ein vollständiges zu betrachten sey, verschiedene Bestimmungen und die Rechtsgelehrten sind sehr getheilter Meinung.

Nach der Hamburger WO. Art. 15. ist das nach dem Verfalltage hinzugefügte Indossament als ungültig zu betrachten. Doch bleibt es zweifelhaft: ob es dennoch nicht zum Beweise einer nach Grundsätzen des gemeinen Rechts geschehenen Uebertragung dienen könne? Die Braunschweiger WO. Art. 42. hat die nämliche Bestimmung. m) Dagegen gestatten Andere, als die Frankfurter WO. §. 55. (vergl. Schulin, über den 46sten Art. der Frankf. WO. S. 92. n. 28.) Churpfälz. WO. Art. 27. die Jülich-Bergisch. WO. Art. 26. n) dem auf diese Art erfolgten Indossamente alle Wirkungen und nur bei dem Falissement des Acceptanten beschränken sie dieselbe auf Eigenheiten der Cession.

m) Die Augsburger WO. Kap. 3. §. 18. enthält eine sehr strenge Verordnung, indem nach derselben das Giro in dem letzten Indossament als ungültig und als ob es nicht da stünde, zu halten ist. Dieß hängt aber damit zusammen, daß nach der WO. ein Indossament, um zur weitern Uebertragung zu berechtigen, an Ordre gestellt seyn muß, und daß ein Wechsel erst acht Tage vor seiner Verfallzeit acceptirt zu werden braucht. Auch die niederländische WO. Art. 34. gestattet ein solches Indossament nicht nach dem Verfalltage.

n) Auch nach dem französischen Recht ist es gültig, Mongalvy 1. p. 229. auch nach dem englischen Recht, Thomason, p. 291. Jacobson, engl. WR. S. 80.

Das Pr. Landrecht Th. 2. tit. 825. 826. erlaubt das Indossament, so lange die Eigenschaft des Wechsels nicht erloschen ist: alsdann aber soll es nur mit der Cession

eines Schuldscheins gleiche Wirkung haben. Siegel, (corpus iur. camb. T. 2. p. 163.) führt ein Parere vom Jahr 1733. an, worin Leipziger Kaufleute ein Indossament nach der Präsentation zur Zahlung unwirksam betrachten, sonach dadurch gar keine Uebertragung des Wechsels erfolge. Kleinworr, (Archiv des Handelsrechts B. 1. n. XXIII. S. 495.) ist der Meinung, daß ein nach der Präsentation zur Zahlung geschehenes Indossament nicht als solches, wohl aber als eine Cession zu betrachten sey, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind. Hiermit stimmen auch Treitschke, (WR. §. 222.) Zimmern, (Anleitung z. WR. §. 87.) überein. Bender, (WR. 1. Abth. S. 568.) ist der Meinung, daß ein späteres Giro (nämlich nach dem Verfalltage) als ein unvollständiges, ohne Eigenthum zu übertragen, zu betrachten sey: indem das ganze Wechselgeschäft und die daraus entspringende Verhaftung für Zahlfälligkeit augenscheinlich auf den Verfalltag berechnet, und das Geschäft da beschlossen und fällig geworden ist; wenn nun der Bezogene und Acceptant nach Wunsch zahlt, so bekomme er den Wechsel quittirt in seine Hände und das Wechselgeschäft sey geschlossen; würde der Wechsel nicht gehörig bezahlt, dann müsse ihn der Inhaber zur Regreßnahme versenden, und würde er dieß nicht thun, so würde er allen Regreß verlieren, könnte sonach im Falle des Weitergirirens gar kein folgerichtiges Eigenthum übertragen; in beiden Fällen gehe der Wechsel seiner Bestimmung entgegen, und könne nicht weiterhin mit voller Wirkung girirt, und in dritte Hände vergeben werden; nur da, wo das Giro auf Ordre laute, müsse das Fortgiriren so lange gelten, bis das Wort Ordre ausgestrichen oder weggelassen worden.

Allein diese Meinung ist zu verwerfen, indem der Wechsel seine Kraft bis zum Ablauf der Verjährung behält, sonach, so lange diese nicht vollendet, als solcher auch auf einen Andern übertragen werden kann. Hierzu kommt noch, daß die für den Bezogenen und Acceptanten möglicherweise dadurch entstehende Gefahr kein Rechtsgrund gegen ein solches Giro genannt werden kann. Hiermit stimmt überein: Mittermaier, (a. a. O.)

§. 376a. (M. §. 239.)

Der Indossat kann gegen den Indossanten eines mit Protest zurückgekommenen Wechsels nach Wechselrecht klagen.

Denn 1) wenn ein indossirter Wechsel mit Protest zurückkommt, so bleibt der Indossant in der durch Annehmung des Geldes contrahirten Verbindlichkeit gegen den Indossaten und er muß diesem die durch Cedirung des Wechsels einmal versprochene Befriedigung nach Wechselrecht schaffen.

2) Sicherheit, Treue und Glauben bei den Handelsgeschäften erfordern dieß.

3) Der, welcher in honor di lettera acceptirte, kann den Indossanten nach Wechselrecht belangen. (Franke, D. de iure ad implem. lit. camb. §. XI. Musäus, D. de trassato literas camb. in honor. acc. C. III. §. 16. Selchow, WR. §. 83.)

4) Gegen einen Wechselbürgen (wenn avallum vorhanden) kann wechselmäßig geklagt werden, dieß kann auch hier auf den Indossanten analogisch in Anwendung gebracht werden.

5) Von der Cession läßt sich kein Schluß auf das Indossament machen, sonach kann auch nicht behauptet werden, daß, weil die Cession strictissime auszulegen sey, dieß auch bei dem Indossament eintrete.

6) Die meisten Wechselordnungen stimmen hiermit überein, z. B. Frankf. WR. Art. 28. Augsburger K. 6. §. 1. Amsterdamer §. 4. s. a. Pr. LR. Th. II. tit VIII. §. 1061.

Dieser Meinung sind: Siegel, (Einl. z. WR. K. 1. §. 15.) Königke, (Anmerk. z. d. Leipziger WO. §. XI.) Stryck, (Diss. de cambial. liter. acceptatione C. IV. §. 16. n. 71.) Günderrode, (in s. sämmtl. Werken herausgegeben v. Posselt Lpz. 1788. Th. 2. S. 202.) Das Gegentheil wird angenommen von Wernher, (sel. observ. for. T. 1. P. 1. obs. 173.) vorzüglich darum, weil die Cession strictissime zu interpretiren sey, daher das Wechselrecht zwar gegen den Schuldner, nicht aber gegen den Ce-

denten statt habe, weil der Wechselbürge nicht wechselmäßig verpflichtet sey. Allein was den ersten Grund anbetrifft, so ist er schon in n. 5 widerlegt, und der zweite ist unrichtig. (s. a. Mittermaier, Gr. d. d. Privatrechts §. 249.)

§. 376 b. (M. §. 239. n. 3.)

Der Indossatar braucht sich keine Einreden gefallen zu lassen, welche dem Acceptanten gegen den Indossanten zustehen, sondern nur die, welche gegen ihn persönlich gerichtet sind, oder aus dem Wechsel klar hervorgehen.

Nach dem gemeinen Recht muß sich der Cessionar alle in dem cedirten Recht gegründeten Einreden gefallen lassen, welche der Schuldner dem Cedenten selbst hätte entgegensetzen können. Thibaut, (System des PR. §. 79.) Die meisten WO. *) enthalten die wichtige Abweichung, daß der Indossatar die Einreden, welche der Acceptant gegen den Indossanten besitzt, nicht gegen sich braucht gelten zu lassen.

*) Altenb. WO. K. 5. §. 56. Leipz. WO. §. 13. Augsb. WO. Kap. 14. §. 3. Danziger WO. Art. 16. Oestr. Patent v. 30. Jan. 1727. Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 926. 927.

Der Grund hiervon ist ein neuerer Wechselgebrauch, indem dieser dem Wechsel die Eigenschaft eines allenthalben kauflichen Papiers beilegt. (Dieß ist die Wirkung des Indossaments, welches nach Martens, Ursprung des WR. S. 69. erst im 16ten Jahrhundert aufkam und das man damals noch nicht begünstigte.)

Hiermit stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten überein: als Misler, (Diss. de querela et exceptione n. num. pec. in cambiali negotio, maxime ad jura Hamburg. applicata in Besecke, Th. i.) Koch, (quatenus indossatario exceptiones ex persona indossantis opponi possunt. Giess. 1773.) Hoch, (de differentiis inter cess. et indossamentum. Gött. 1800.) Martens, (WR. §. 82.) Hagemann, (pract. Erört. B. 5. n. 2. §. 4.) Eichhorn, (RG. Th. 4. §. 374. u. Einl. §. 136. Mittermaier, (a. a. O.) Mühlenbruch, (in d. Lehre von der Cession der Forderungen S. 241.) ist der entgegen-

ge-

gesetzten Meinung, hält diese Bestimmung nicht für gemeinrechtlich, sondern als bloße Erzeugnisse willkührlicher Voraussetzungen. Aus dem Zweck des Wechselinstituts folge, daß alle exceptiones altioris indaginis zur weitern Ausführung in seperato zu verweisen sind, welches aber auf die Frage: welche Einreden überhaupt statthaft sind? durchaus keinen Einfluß haben könne.

Andere lassen diese Regel da nicht gelten, wo der Wechsel auf Ordre gesetzlich oder nach fester Usance wesentlich gestellt sein muß und der Wechsel nicht auf Ordre lautet, indem dadurch angezeigt werde, der Acceptant solle an einen bloßen Procuristen oder gemeinen Cessionar zahlen, auch dann, wenn der Inhaber, da das auf ihn lautende vollständige Giro ausgestellt wurde, jene Einreden kennen lernte, oder doch lernen konnte und der Bezogene nur bedingt acceptirte. Bender, (a. a. O. Abth. 1. S. 588.) Kleinwort, (Archiv d. HR. B. 1. n. 28. S. 498.) läßt diese Regel dann nicht eintreten, wenn Jemanden ein Wechsel nach dem Verfalltage selbst durch ein Indossament übertragen ist, indem er nämlich annimmt, daß in einem solchen Falle das Indossament wie eine Cession zu betrachten sey.

§. 377. (M. §. 240. a)

Zur Präsentation eines Wechsels ist nicht durchaus die Vorzeigung desselben im Original oder Copie nothwendig, sie kann auch durch Briefwechsel erfolgen.

1) Wenn gleich nach dem Wechselrecht im Allgemeinen erfordert wird, daß der Wechsel im Original oder in vidimirter Abschrift zu präsentiren ist, so ist doch bei der Form der Wechselgeschäfte nicht bloß auf die Strenge des Wechselrechts zu sehen, sondern zugleich auch auf die Treue und Glauben. Wenn unter andern Jemand einem Dritten statt Zahlung Ordre giebt, für seine Rechnung zu trassiren, die Tratte aber mit Protest zurückkommt, so ist derjenige, welcher die Ordre zu trassiren gegeben hat, dem Trassanten wechselmäßig verbunden, obgleich die Schrift des Wech-

sels davon nichts enthält, und die zum Ziehen gegebene Ordre nur aus der Correspondenz zu erweisen ist.

2) Der Zweck der Präsentation wird erreicht, mag der Wechsel im Original oder in vidimirter Abschrift präsentirt, oder der Trassat in genaue Kenntniß gesetzt werden, daß Remittent einen Wechsel auf ihn gezogen in seinen Händen habe, welcher zu der Zeit fällig sey und er sich erkläre: ob er ihn acceptiren wolle.

3) Wenn die Wechselordnungen keine Bestimmungen enthalten, so kann auf das Gutachten der Kaufleute und Kaufmannsinnungen Rücksicht genommen werden. Die Banco-Direction zu Berlin, die Splitgerberische Handlung eben daselbst und Direction der Seehandlungscompagnie haben diese Meinung in ihrem Gutachten bei dem Prozesse, welcher bei dem Obertribunal in Berlin in Sachen v. Heider und der Salom. Moses Levi Wittwe 1793 entschieden wurde, angenommen. (s. Archiv des pr. R. von Amelang und Gründler B. 1. n. 5. S. 231.) s. a. Gries, (de accept. camb. §. 5) Die meisten Rechtsgelehrten nehmen aber das Gegentheil an. Siegel, (Wechselrecht C. 4. §. 2.) Püttmann, (Gr. d. WR. §. 99.) Vangerow, (Wechselrecht §. 127.) Ob überhaupt die schriftliche Erklärung auf dem Wechsel nothwendig sey, wird erörtert in Merlin, Repertoire T. 7. p. 408. im Archiv für Civil und Crimminalrecht in den pr. Rheinprov. B. 1. S. 114. Brouwer, (de accept. p. 45.) Die Verbindlichkeit des Acceptanten, Verzugszinsen zu zahlen, läuft von dem in Wechsel bezeichneten Verfalltage s. Archiv d. HR. B. 2. S. 416. Anmerk. z. §. 242.

§. 378. (M. §. 243.)

Der Trassat ist nicht befugt, den von ihm acceptirten Secunda-Wechsel während der Discretions oder Respect-Tage zu bezahlen, wenn er nicht Schaden leiden will.

Wenn der Remittent die Duplicate einer an sich gehandelten Tratte etwa an verschiedene Ordre indossirt hätte, so ist die Frage bestritten: ob es dem Trassaten frei steht,

den ihm zuerst präsentirten Secunda-Wechsel zu acceptiren und zur Verfallzeit zu bezahlen, oder ob nicht der Acceptant mit der Auszahlung wenigstens bis nach völligem Ablauf der Respecttage zurückzuhalten und auf den etwanigen Einlauf des Prima-Wechsels zu warten verbunden sei.

Ludovici, (Einl. z. Wechselproceß K. 4. §. 82.) ist der Meinung, daß die Zahlung früher erfolgen könne. Allein richtiger ist wohl die entgegengesetzte Meinung, wenn nicht ausdrücklich in der WOrdnung bestimmt ist, daß diese Respecttage zum Vortheil des Acceptanten eingeführt sind, weil hier die Rechtsregel eintritt: ein Jeder kann auf seine Vortheile gültig Verzicht leisten. (Beck, Wechselrecht K. 5. §. 35. Wegelin, östr. WR. Art. 13. tit. d. Riccius, Exercit. jus. camb. 9. de induciis Gött. 1781. Sect. 3. §. 40.) Wenn aber dieß nicht ist, so ist der Acceptant zu dieser frühern Zahlung nicht berechtigt, indem alsdann anzunehmen ist, daß die Respecttage zum Besten des Präsentanten oder Wechselinhabers eingeführt sind. Daß dieses zu vermuthen sey, ist unbedenklich, da diese Respecttage in der Absicht eingeführt wurden, damit, wenn der Präsentant an einem Tage starke Summen in verschiedenen Wechselbriefen zu empfangen hatte, welche er in einem Tage nicht eincassiren konnte, er einen Theil davon bis zum nächsten oder dritten Tag zu verschieben im Stande sey. Dieß ersieht man daraus, weil bei Wechselbriefen a vista nach den meisten Wechselordnungen keine Discretionstage statt haben: wäre bei Einführung derselben der Vortheil des Acceptanten beabsichtigt worden, so würden auch bei diesen Wechseln diese Tage angeordnet seyn; auch hätte der Acceptant zur Anschaffung des zur Bezahlung kurzsichtigen Wechselbriefes erforderlichen Geldes eine solche Nachsicht weit nothwendiger gehabt, als bei den auf lange Zeit gestellten Wechselbriefen, da ja der Trassat hinlängliche Gelegenheit hatte, diese Gelder während dieser Zeit anzuschaffen und die Deckung meistentheils schon in Händen hat.

Dieser Meinung sind: Francke, (Inst. iur. camb. Lib. 2. sect. 6. tit. 1. §. 6.) Siegel, (Wechselrecht K. 4. §. 23.) Siveking, (Materialien z. vollst. WR.

§. 231.) Moshammer, (Einl. zum gemeinen Bay. Wechselrecht §. 186.) Scherer, (Handbuch des WR. 2. S. 577.) Geiger und Glück, (Rechtsfälle Th. 2. S. 152.

§. 379.a (M. §. 245.)

Der Acceptationsvertrag ist ein wesentlicher Vertrag, ohne welchen das Trattengeschäft ohne Wirkung bleibt.

Der Acceptationsvertrag wird gewöhnlich als Erfüllung des Wechselgeschäfts betrachtet und als einziger Hauptwechselvertrag blos der ursprüngliche Wechselvertrag, weil der Wechsel längst vollkräftig da sey und hinterher der Acceptant nur an die Stelle des Trassanten trete, jener also das auf den einzigen (Ausstellungs) Vertrag gegründete Geschäft nur formgerecht fortführe. Heineccius, (ius. cambiale C. III. §. 17.) Franck, (Inst. iur camb. Sect. 1. Tit. 4. §. 22.) Boset, (Wechselcontract S. 200.) Zimmerl, (Anleitung §. 12.) Allein diese Meinung beruht auf einem Irrthum, daher auch Wagner, (Handbuch d. WR. 1. S. 204.) Bender, (WR. 1. Abth. S. 228.) und Mittermaier, (a. a. O.) das Gegentheil annehmen.

Die Tratte enthält nämlich an und für sich eine Aufforderung an irgend einen Dritten, dieselbe an den Remittenten oder dessen Ordre zur gehörigen Zeit zu bezahlen, und dieser Dritte (der Bezogene) hat sich in Gemäßheit dieser Aufforderung zu erklären, ob er dieß thun wolle. Er ist aber an sich nicht verbunden zu acceptiren, wenn nicht ein besonderer Grund vorhanden ist; acceptirt er nun nicht, so hat die Tratte ihren directen von Anfang an bezielten Zweck verfehlt, das Geschäft erstickt in seinem Entstehen und kann nicht als Trattengeschäft angesehen werden; es müßte vielmehr ein solcher Fall so erscheinen, als habe der Aussteller auf sich selbst gezogen, d. h. als sey ein eigener Wechsel ausgestellt worden. Auch mit dem Einwand, daß bei der Ausstellung das Accept als ohnfehlbar vorausgesetzt werde, ist für die entgegengesetzte Meinung wenig gewonnen, denn würde hinterher diese Voraussetzung

nicht erfüllt, so bleibt das Geschäft vor wie nach unvollendet.

Wenn aber der Bezogene wirklich acceptirt, so ist alsdann das Geschäft erst vollendet, d. h. es hat alsdann diejenige Stütze erlangt, welche in den Augen aller Interessenten erforderlich ist, um es als ganz zuverlässig darzustellen. Wollte man dieses bezweifeln und sagen, die vollständige Sicherheit liege offenbar erst in der gehörigen Zahlung des Wechsels, so würde man das richtige Sachverhältniß verkennen, weil die Zahlung des Wechsels eine regelmäßige Wirkung und Folge der Acceptation ist; da aber das Acceptiren ein Act des freien Entschlusses des Bezogenen ist, so kann man gewiß nicht sagen, auch sie sey eine Wirkung und Folge, nämlich der Ausstellung und Ueberlieferung des Wechsels, vielmehr muß es jedem Unbefangenen klar werden, daß, wenn der Bezogene diesen Act seiner freien Entschließung vornimmt, eine ganz neue, erst existent werdende Verbindlichkeit sich zeigt, die man nach den Gesetzen nur als eine selbstständige, für das Geschäft selbst eben so wesentliche, als die aus dem Schlusse des ersten Hauptwechselvertrages entsprungene betrachten kann. p)

p) Zu welchen Arten der Verträge der Acceptationsvertrag gehöre s. §. 361.

§. 379 b. (M. §. 245. n. 4.)

Wenn der Protest wegen Nichtacceptation aufgenommen worden, so muß er dennoch wegen Nichtzahlung levirt werden.

Der Zweck des Protestes ist der, daß Präsentant beweise, allen seinen Verbindlichkeiten nachgekommen zu seyn; nun hat er aber nicht nur die Pflicht, den Wechsel zur Acceptation zu präsentiren, sondern auch zur Verfallzeit die Zahlung nachzusuchen. Verweigert Trassat die Acceptation, so folgt daraus noch nicht, oder es ist doch nicht ganz gewiß, daß er zur Verfallzeit keine Zahlung leisten werde: daher ist der Präsentant verbunden, den Protest am Verfalltage aufnehmen zu lassen. Hiermit stimmen überein: Leyser, (Medit. ad Pand. Vol. XII. p. 1.) Riccius, (Exercitat. Ex. X. Sect. 5. §. 3.) Weissegger, (WR.

2. S. 259.) Sonnleithner, (WR. S. 310.) Hufeland, (de prot. §. 29.) Brauer, (Erörtr. 4. S. 512.) Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 427.) Eichhorn, (Einleit. §. 139.) s. a. Code de comerce art. 163. Niederländische WO. 76. 78. 79. bestimmt: daß an dem Verfalltage der Inhaber bei dem Trassaten wegen der Zahlung nachfrage. Püttmann, (WR. §. 113. not b,) ist der Meinung, daß, wenn die Aufnahme des Protestes nicht durchaus nothwendig, es doch sicherer sey. Mittermaier, (a. a. O.) der in allgemeinen der richtigen Meinung ist, fügt noch hinzu, daß viel darauf ankomme, welche Wirkung das Landesgesetz dem bloßen Protest wegen Nichtacceptation beilegt, auch ob die Acceptation schon vor dem Verfalltage nachgesucht wurde und welcher Grund die Nichtacceptation veranlaßte.

Hufeland (Diss. de prot. camb. §. 29. 30.) unterscheidet, zwischen Meß- und Außermeßwechsel. Ist ein a vista, oder ein a uso Wechsel, so sei die Levirung eines Protestes hinreichend; bei dem a dato Wechsel sei die Protestation auch nur erst bei der Nichtzahlung nothwendig. Wenn die Wechselordnungen die Zeit der Präsentation wegen Acceptation bei den a dato Wechseln bestimmen, so sey es hinlänglich, wenn die Protestation wegen der Nichtacceptation aufgenommen worden, der Präsentant könne aber den Wechsel bis zum Zahltag zurückbehalten und erwarten, ob Trassat noch bezahle; er sey aber nicht verbunden nachzuweisen, daß Trassat zur Zeit der Zahlung abwesend gewesen sey. Siegel führt in Corpus iur. camb. zwei Parere an, das eine von 1769. (P. II. Par. 26. S. 31.) in welchem die nämliche Meinung, die Leyser vertheidigt, angegeben ist, das Andere v. 1718. (P. II. Par. 102. p. 122.) welches die entgegengesetzte Meinung enthält.

§. 379 c. (M. §. 245. n. V.)

Die Verbindlichkeit des Inhabers, ungesäumt dem Vormann, gegen welchen er den Regreß nehmen will, von der Protestlevirung Nachricht zu geben, findet auch bei den Platztratten statt.

Nach dem allgemeinen Wechselrecht ist der Inhaber

eines Wechsels verbunden, in dem Falle, wenn der zur Acceptation oder zur Zahlung präsentirte Wechsel von dem Trassaten oder Acceptanten nicht gebührend honorirt und deshalb Protest aufgenommen wird, seinen Vormann hiervon zu benachrichtigen, an welchen er seinen Wechselregreß nehmen will. Versäumt er hierbei etwas, so geht der Wechselregreß verloren, die Indossanten können nicht mehr in Anspruch genommen werden, der Trassant aber kann, wenn er durch diese Verspätigung und Nichtbenachrichtigung in Schaden gesetzt worden, auf Entschädigung klagen.

Ob aber diese Bestimmungen auch auf die sogenannten Platz-Wechsel anzuwenden sind, ist zweifelhaft. Denn

1) läßt sich wohl jene Bestimmung, welche bei den gewöhnlichen Wechseln anwendbar ist, nicht analogisch zur Anwendung bringen, indem das in denselben angedrohte Präjudiz zu hart ist.

2) Ermangelt es auch an der Gleichheit des Grundes. Bei auswärtigen Wechseln muß nämlich die Benachrichtigung deshalb erfolgen, weil dem Auswärtigen die Vorfälle aus dem fremden Handelsplatze nicht genau und vollständig genug bekannt werden, und weil es ihm an den gehörigen Mitteln fehlt, sich auf eine leichte und zuverlässige Art davon zu vergewissern, ob es auch mit dem von ihm begebenen oder girirten Wechsel in der gehörigen Ordnung geht.

Allein dieses sind bloße Scheingründe; der Inhaber eines Platzwechsels ist eben so gut wie ein Anderer zur Benachrichtigung des Ausstellers, so fern er nicht zugleich, wie bei den eigenen Wechseln, der Acceptant ist, und der Indossanten verpflichtet. Denn 1) wer einen Wechsel ausstellt oder begiebt, constituirt dadurch den Empfänger des Wechsels zu seinen Mandatarius in dieser Angelegenheit. Letzterer ist damit beauftragt, die Acceptation und die Bezahlung des Wechsels bei dem Bezogenen zu suchen, und zwar für sich selbst. Wer daher den Wechsel begiebt, kann die Betreibung der Angelegenheit dem Inhaber überlassen und braucht sich um den weggegebenen Wechsel nicht weiter zu bekümmern, als daß er eventuell für den Regreß

haftet, wenn der Inhaber solchen an ihn zu nehmen sich veranlaßt findet. Eben deshalb aber, weil Trassant und Indossant bei der richtigen Honorirung des Wechsels nur dieses eventuelle Interesse haben, und es blos der Willkühr des Inhabers überlassen bleibt, ob er sie im Entstehungsfalle in Anspruch nehmen will oder nicht, dürfen sie auch mit Recht erwarten, daß er sie ungesäumt davon in Kenntniß setzen werde, wenn es mit dem Wechsel nicht in Ordnung geht und er gesonnen ist, ihre Guarentie in Anspruch zu nehmen. 2) Liegt es schon in der Natur eines jeden trassirten Wechsels, daß der Trassant ungesäumt benachrichtigt werde, wenn der Wechsel aus irgend einem Grunde nicht honorirt wird, daß man ihm anzeige, er solle dafür noch weiter haften.

3) Daß die Gesetze über diesen Fall keine besondere Verfügung enthalten, läßt sich aus historischen Gründen erklären; denn bekanntlich waren in frühern Zeiten auf Veranlassung des canonischen Verbots des Zinswuchers, die eigenen Wechsel als auch die Tratten, die nicht von einem Platz auf den andern lauteten, dem Verdachte eines verkappten wucherischen Geschäfts ausgesetzt und deshalb häufig verboten. (Martens, vom Ursprung d. Wechselrechts. S. 30 — 45.) Wenn nun auch nachher dieses Verbot verlassen wurde, so wurden doch die eigenen Wechsel hauptsächlich nur für den Kaufmann anvertraute Deposito-Posten ausgestellt, und diese selten begeben; trassirte Platzwechsel sind noch jetzt in vielen Handelsplätzen Seltenheiten. Man kann daher aus dem Stillschweigen der Wechselordnungen, da wo von der Verbindlichkeit des Wechselinhabers bei erfolgtem Protest die Vormänner zu benachrichtigen sind, nicht schließen, daß die Platzwechsel dieser Bestimmung nicht unterliegen sollen; dieses Stillschweigen ist blos darein zu setzen, daß man zur Zeit der Abfassung der Wechselordnung noch keine trassirten Platzwechsel kannte, oder darein, daß man an solche nicht dachte. In jenem Falle muß man nun aber, wenn man jetzt solche Wechsel zuläßt, dabei auch alle näheren Bestimmungen anwenden, welche die Wechselordnung für die früher allein statthaften aus=

wärtigen Tratten aufgestellt, in soweit nicht etwan die Verschiedenheit der Verhältnisse ein Anderes mit sich bringt. In dem letztern Falle aber erscheint die Erwähnung des Trassirens von einem Platz auf den andern nur als etwas enunciatives, was an und für sich nicht dazu benutzt werden kann, um daraus Folgerungen zu ziehen.

4) Sollte die Verpflichtung zur ungesäumten Benachrichtigung der Vormänner von dem Protest bei Platzwechseln wegfallen, so müßte ein besonderer Grund hierzu in der Verschiedenheit der Fälle gefunden werden können, welches aber nicht ist. Zuvörderst nämlich konnte die Acceptation oder Bezahlung eines solchen Wechsels aus Gründen verweigert werden, die nichts Offenkundiges enthalten und wobei die Vormänner von der Weigerung des Bezogenen nur durch den Inhaber selbst die gehörige Kunde erhalten können. Wenn z. B. der Bezogene seinem Freunde die Annahme der Tratte zugesagt hätte, dieser aber sie dennoch nachher verweigerte, ohne jedoch seine Sinnesänderung dem Trassanten mitzutheilen, so würde letzterer voraussetzen, es sey mit dem Wechsel alles in Ordnung gegangen, wenn nicht der Inhaber das Gegentheil anzeigt.

Ueberhaupt lassen sich sehr viele Fälle nachweisen, in welchen bei Platzwechseln diese Benachrichtigung der Vormänner durchaus nothwendig ist Wollte man solches nicht annehmen, so würde in der Sache eine große Ungewißheit und ein Schwanken entstehen, welche dem Geist des Wechselrechts, welches eine strenge Beobachtung der Formen erheischt, ganz entgegen wäre.

§. 380. (M. §. 236.)

Wenn durch eine vis maior die Levirung des Protestes gehindert wird, so treten keine Nachtheile für den Wechselinhaber ein.

In den Handelsgesetzen ist selten darüber eine Bestimmung vorhanden, was unter einer höhern Gewalt zu verstehen sey. (Code de commerce art. 360. 165.) Locre, (l'esprit du Code de Commerce T. II. p. 238.) Merlin, (Quaest. v. Protest. §. 8.)

Ob eine Nachlässigkeit obgewaltet habe, ob die Verhinderung von der Art gewesen sey, daß sie nicht durch angemessene Anstrengung von Seiten des Wechselinhabers beseitigt werden könnte, sind Fragen, welche um so schwerer zu beantworten, da die Gesetze gar keine Verfügungen darüber enthalten, wie weit die Sorgfalt der Wechselinteressenten, um den Wechsel in der von den Gesetzen bestimmten Zeit zu präsentiren und den Protest zu leviren, gehen soll. Kann man unter andern das Daseyn einer höhern Gewalt annehmen, wenn die Communication mit dem Lande, wohin der Wechsel gesendet werden soll, zur Zeit verboten war, oder muß auch die factische Unmöglichkeit ausgemacht seyn? Ist es ferner hinreichend, wenn erwiesen ist, daß der Wechsel mit der Post zur gehörigen Zeit abgesandt, jedoch nicht angekommen ist, oder muß bekannt oder ausgemacht seyn, welche bestimmte als Folge einer höhern Gewalt erschwerende Ursache die Ankunft verhinderte? Daß als vis major Unfahrbarkeit der Straßen, Durchbruch der Flüsse, Plünderung der Post, plötzlicher Andrang des Feindes, Belagerungen, so wie überhaupt ein jeder Umstand, welcher die Erfüllung einer Verbindlichkeit dem Verpflichteten unmöglich machte, welchen zu verhindern der Wechselinhaber nicht im Stande war, anzunehmen sey, ist wohl unbedenklich: und nun gilt die Regel: ad impossbilia nulla datur obligatio.

Wichtig bleibt aber die Frage: welchen Einfluß die Unmöglichkeit bei wechselseitigen Verbindlichkeiten auf die Leistung des andern Theils habe, oder wer den Zufall von beiden Seiten tragen soll. Den Zufall trägt in der Regel der, welchen derselbe getroffen hat, und die Folgen werden demselben nicht ersetzt.

Daher ist derjenige, welcher zu einer Handlung verpflichtet, aber durch Zufall an der Erfüllung derselben verhindert ist, zur Erfüllung seines Versprechens auch nicht verbunden, er kann aber auch die dafür bestimmte Gegenleistung nicht verlangen.

Wendet man diese allgemeinen Grundsätze auf das Wechselgeschäft an, so würde folgen, daß der Wechselin-

haber, der die Verbindlichkeit den Wechsel zeitig zu präsentiren und zu protestiren, übernommen hat, durch eine höhere Gewalt gehindert wird, dieser Verbindlichkeit nachzukommen, die Erfüllung der von dem Wechselgeber übernommenen Gegenleistung für den Regreß zu haften, zu verlangen, nicht berechtigt sey.

Da aber der Gegenstand der Eigenthumsübertragung nicht das Stück Geld, welches man Wechsel nennt, ist, sondern das Geld, welches darauf bezahlt werden soll, so wird der Wechselinhaber erst alsdann Eigenthümer, wenn dieses eingeht. Die Wechsel werden unter der Bedingung genommen, daß sie acceptirt und bezahlt werden, und erst mit dem Eintritt dieser Bedingung geht die Gefahr auf den Käufer über. (L. 8. pr. D. de pericul. et commod. rei vendit.) Der Protest ist nun die Bedingung, unter welcher das Gesetz den Regreß aufrecht erhält, und bei dieser Bedingung tritt, wie bei jeder andern, die Ausnahme der Unmöglichkeit ein. Hieraus ergiebt sich, daß der Wechselinhaber seinen Regreß dennoch nicht verliere, wenn durch eine vis major es ihm unmöglich geworden, zur gehörigen Zeit protestiren zu lassen. Kosegarten, in der Abh. im Archiv des Handelsrechts. B. 2. S. 144. u. s. f. — Hiermit stimmen auch die Entscheidungen der preußischen und hamburgischen Gerichtshöfe überein.

Dagegen aber wird eingewendet:

1) daß die Regel, casus sentit dominus, hier in Anwendung komme, und daß sonach derjenige, welcher durch eine vis major verhindert worden, den Wechsel protestiren zu lassen, den Wechselregreß verliere, weil der, den der casus trifft, die ihm auf den Fall der Erfüllung seiner Obliegenheit verheißene Gegenleistung, hier nämlich das Haften für den Regreß, nichtverlangen könne;

2) daß es für die Sicherheit des Wechselhandels höchst nachtheilig sey, die Entscheidung durch die vis major zu zulassen. s. Locrè l'esprit du code de commerce II. p. 245. wo er sagt: L'exception de force majeure niurait a l'interet general du commerce, car d'un cotè elle lui enleveroitles avantages et l'utilité qu'il tire de la lettre de change de

l'autre; elle changeroit tellement la nature du contract et la condition du tireur et des endosseurs, qu'on repeigneroit a se servir de ce mode de negociation. Auch Montesquieu bemerkt dieß Nämliche.

Allein diese Gegengründe werden durch das oben Bemerkte hinlänglich widerlegt.

Was noch ins Besondere den Beweis betrifft, so ist es hinreichend, wenn der Inhaber darthut, daß er keine Schuld daran habe; ist das Nichtdasein der culpa hinlänglich dargethan, so ist das Dasein einer vis major ohne weitern directen Beweis anzunehmen. q)

q) Daher erkannte der Pariser Cassationshof den 21sten Juni 1810, daß der, welcher einen Wechsel auf ein entferntes Land annehme, mit einer so kurzen Verfallzeit, daß er durch die gewöhnliche Post dahin nicht gebracht werden konnte, und kein außerordentliches Transportmittel angewandt habe, mit dem Einwande der vis maior abzuweisen sey. Bender, Wechselrecht Th. 2. Abthl. 2. S. 118.

§. 381. (M. §. 233.)

Wenn der Inhaber der Wechsel seinen Pflichten bei der Präsentation nicht nachgekommen ist, so verliert er seinen Regreß gegen die Indossanten und Aussteller, wenn sich nicht der eine oder der andere durch seinen Schaden bereichern würde, in welchem Falle ihm seine Ansprüche im ordentlichen Prozesse vorbehalten bleiben.

Wenn der Inhaber des Wechsels seinen Pflichten bei Levirung des Protestes nicht nachgekommen ist, so wird

1) der Trassant, wenn er für die Deckung des Wechsel, gehörig gesorgt hat, von seiner Verbindlichkeit gänzlich befreit; hierzu ist aber der Beweis, daß der Trassat acceptirt hat, nicht allein hinreichend. (Archiv für Civil= und Kriminalrecht der Rheinprvinzen B. 6. S. 8.) War dieß aber nicht, so muß der Aussteller den Inhaber vielmehr schadlos halten, die Valuta herausgeben, weil er sich mit seinem Schaden bereichern würde, auch muß er ihm überdieß alle Kosten bezahlen. Ob dem Inhaber aber alsdann der Wechselregreß oder bloß eine Schadenklage in ordentlichem Verfahren zustehe, ist bestritten.

Wenn gleich von Einigen: s. Püttmann, (WR. §. 84.) Heiße u. Cropp, (Abh. B. 1. n. 26. §. 9.)

darum das Gegentheil angenommen wird, weil der Wechsel der Klage zu Grunde liege, so ist doch dieß darum nicht anzunehmen, weil

a) die Wechselregreßklage einen Regreß voraussetzt, sonach der Wechselinhaber erst alsdann, wenn er seinen Verbindlichkeiten nachgekommen ist, gegen den Trassaten seine Ansprüche geltend machen kann. Dieß ist aber im vorliegenden Fall nicht erfolgt; durch Nichterfüllung der wechselmäßigen Obliegenheiten hat er sich den Verlust seines Rechts an den Aussteller zugezogen.

b) Nachlässigkeit zieht allezeit einen Nachtheil nach, nicht aber eine Begünstigung; dieß würde aber hier der Fall seyn, wenn man dem Inhaber gegen den Trassanten ein Wechselrecht gestatten wollte. Dagegen kann er,

c) wenn der Trassant nicht im Stande ist nachzuweisen, daß er den Trassaten gedeckt habe, seinen Regreß gegen ihn im ordentlichen Prozeß nehmen, indem der Trassant die gleich anfangs erhaltene Valuta sine causa in Händen hat, und das eigentliche Wechseln die remise de place en place gar nicht erfolgt ist, weshalb sonach die Valuta unbedenklich jetzt auf dem Regreßwege herausgegeben werden muß.

d) Es stößt gegen alle Rechtsregeln, vorzüglich aber gegen den Grundsatz an: Niemand darf durch den Schaden eines Andern sich bereichern, wenn dem Inhaber die Regreßklage gegen den Trassanten ganz abgesprochen wird, obgleich mehrere WO. [v]) dieß bestimmen, und von mehrern auch angenommen wird: als von Marquard, (de iure mercator. Lib. II. c. XII. n. 51.) Beck, (Wechselrecht Kap. 4. §. 77. Kap. 8. §. 24.) Siegel, (Corp. iur. camb. Parere XII. XXXIV. L. CII. CXXXI. s. a. Frankf. Wechselresponsa 13.)

v) Hamb. WO. Art. 38. Oestr. WO. Art. 34. Frankf. WO. §. 27. Auslegung desselben in Feuerbach, Samml. 10. S. 1855. Gothaische WO. §. 6. Altenburger WO. §. 6. Leipz. WO. s. m. in Scherer, Wechselrecht B. 2. S. 523.

In zweifelhaften Fällen sind alle allgemein gefaßten Ausdrücke der WOrd. über den Verlust der Wechselre=

greßklage nur von dieser, nicht von der Hauptklage zu verstehen.

Diese richtige Meinung wird vertheidigt von Ritter, (assignationis et cambii trassati idea prima et genuina §. 26.) Hufeland, (de prot. camb p. 62.) Martens, (Handelsrecht §. 104.) Bender, (Wechselrecht 26ste Abth. S. 199.) Hiermit stimmt auch unter andern das Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 973. 974. überein. Es heißt hier:

„Sind diese Präsentationsfristen (§. 965.) von dem Inhaber verabsäumt, so kann er bei verringerter Annahme oder Zahlung, weder an den Aussteller, noch an die Indossanten wechselmäßig zurückgehen."

Doch bleiben ihm wegen der gezahlten Valuta seine Rechte gegen den Aussteller und die Indossanten, in sofern sich der Eine oder Andere sonst mit seinem Schaden bereichern würde, im ordentlichen Prozeß vorbehalten.

Die neue dänische WO. von 1825. §. 35. läßt den Wechsel als Schuldschein gegen den Trassanten gelten, wenn dargethan werden kann, daß er durch die stattgefundene Versäumniß keinen Schaden in seinem Verhältniß zum Trassaten gelitten hat."

2) Die Indossanten werden durch eine solche Versäumniß unbedingt frei von aller Regreßnehmung, so daß, wenn ein von dem Inhaber dessen ungeachtet in Anspruch genommener Vormann zahlen sollte, dieß die übrigen schlechterdings nicht präjudiciren können. Es ist ganz ungegründet, wenn behauptet wird, eine Versäumniß schade dem Inhaber auch hier nicht, wenn aus dem Protest klar hervorgehe, daß selbst bei der genauesten Beobachtung aller Obliegenheiten keine regelmäßige Zahlung zu erlangen, der Vormann also jedenfalls in Regreßanspruch zu nehmen gewesen wäre. Denn

a) der Zweck des Protestirens ist Sicherstellung der Wechselrechte des Inhabers gegen jede Einrede aus seinem Benehmen, indem er jetzt rückwärts zu gehen sich genöthigt sieht; damit nun aber diese Rechte gesichert werden können,

müssen sie zur Zeit der Protestirung gerade in dem Umfange vorhanden gewesen sein, worin sie durch den Protest gewährt werden sollen; ist nun aber von dem Inhaber bei der Protestation ein wesentliches Erforderniß unbeachtet geblieben, so existirt ja schon von da an kein Wechselrecht mehr für ihn gegen die Vormänner;

b) der Regreß der Giranten fällt ferner darum weg, indem der Inhaber, da er sich einer Vernachlässigung schuldig gemacht, seinen Verpflichtungen keine Gnüge leistete, unter welcher Voraussetzung nur die Giranten die Zahlfähigkeit des Wechsels garantiren.

Nur wird vorausgesetzt, daß der Inhaber sich wirklich eine Vernachlässigung hat zu Schulden kommen lassen; ist daher eine vis maior vorhanden, so kann ihm dieß nicht zur Last fallen.

Bender, (a. a. O. Abth. 2. S. 198.)

§. 382a. (M. §. 247.)

Wenn der Bezogene selbst einen mit einer Nothaddresse versehenen Wechsel zu Ehren eines Wechselverbündeten acceptirt, so muß er auch gegen den, an welchen die Nothaddresse gerichtet ist, im Falle der Nichtzahlung, Protest aufnehmen lassen.

1) Aus den allgemeinen Grundsätzen folgt, daß der Präsentant sich in Nothfällen an die Addresse wenden und daß dieß geschehen sey, über Verweigerung der Acceptation oder Zahlung einen Protest leviren lassen muß; denn er ist Mandatar des Trassanten oder Indossanten rücksichtlich der Eincassirung der Wechselsumme und als solcher verpflichtet, alles das zu erfüllen, wozu er durch das Document, worauf dieses Mandat sich gründet, verpflichtet ist.

2) Bei Concurrenz mehrerer Intervenienten ist derjenige vorzuziehn, welcher durch seine Intervention die nächste Wechselverpflichtete von ihren Verpflichtungen befreiet.

3) Der, an welchen die Nothaddresse gerichtet ist, muß jederzeit befragt werden, weil diese Vorschrift sich auf dem Wechsel befindet und man auch nicht wissen kann, für wen der Addressirte acceptiren wird.

4) Der Addressirte hat den Vorzug vor jedem fremden, nicht auf dem Wechsel Benannten, denn die Nothaddresse enthält den ausdrücklichen Auftrag desjenigen, der dieselbe auf den Wechsel setzt, theils an die in demselben genannte Person zur Intervention, theils an den, welcher mit der Nothaddresse den Wechsel annimmt, zur Vorzeigung derselben im Nothfalle. Letzterer hat daher die Verpflichtung übernommen und auf seine Hintermänner nach der Reihe bis zum Präsentanten übertragen, die Präsentation und allenfallsige Protestation bei der Nothaddresse im Nothfall nicht zu versäumen, und von dieser Verpflichtung kann ihn eine ganz fremde Person, an welche er durch den Wechsel nicht angewiesen, durch ihr Erbieten zur Intervention nicht befreien. Erst nachdem gegen die Nothaddresse protestirt worden, steht ihm frei, dieses Anerbieten anzunehmen, wozu er indessen keinesweges durch den Wechselcontract verpflichtet ist.

5) Der Trassat ist bei der Intervention nicht als fremd anzusehen; der Inhaber ist an ihn gewiesen und hat es übernommen zu versuchen, den Wechsel von ihm acceptiren und zahlen zu lassen; für welchen der Wechselverpflichteten er acceptirt oder zahlt, ist für das Interesse des Inhabers gleichgültig. Eben so wenig hat dieser auch in seiner Eigenschaft als Mandatar seiner Vormänner das Recht oder die Pflicht, dieser Intervention zu widersprechen, in so fern nicht eine Nothaddresse vorhanden ist, durch welche mehrere Wechselverbündete befreit worden, als der Trassat befreien will. Denn sämmtliche Vormänner des Inhabers haben ja den Trassaten als einen Wechselbürger einmal angenommen und auch diejenigen, welche er nicht befreit, müssen sich seine Intervention gefallen lassen, da alle diejenigen Personen, welche ihnen die Gewähr für ihre Sicherheit geleistet haben, ihnen verhaftet bleiben; hat aber bereits ein Vormann desjenigen, zu dessen Ehren der Trassat acceptiren will, eine Nothaddresse auf den Wechsel gesetzt, so steht der Trassat natürlich zu dieser in dem eben erwähnten Verhältniß der spätern Nothaddresse zu frühern; denn ob er Mandatar oder negotiorum gestor des Honorirten

ist,

ist, gilt in dieser Hinsicht gleich. Hiermit stimmen überein: Hufeland, (de prot. camb. §. 19.) Sieveking, Materialien z. WR. §. 147. 165.) Scherer, (Handb. d. WR. Th. 1. S. 110. 118. 172.) Mittermaier, (a. a. O.) Andere als: Frank, (de iure adimplementi literarum cambialium honoris causa §. 17. not. f. in Beseke, thes. iur. p. 487.) Martens, (Handelsrecht §. 106.) sind der Meinung, daß es in diesem Falle keiner Protestation bedürfe.

Anmerk. 1. Ob die Acceptation oder Zahlung von Seiten des Addressirten zu der ordentlichen Art der Erfüllung des Wechsels gehöre, ist bestritten: Frank, (Diss. de iure adimplementi literarum cambialium honoris causa, Halae 1715. §. 5. p. 7.) J. P. Seip, (Diss. de trassato literas cambiales in honorem acceptantis praes. Musaei. Goett. 1775. C. 1. p. 5.) Püttmann, (Grundr. d. WR. §. 108.) Scherer, (Handb. d. WR. Th. 1. S. 179.) Martens, (Handelsrecht §. 307.) Mothes, (de interventione cambiali. Lpz. 1822. p. 7.) Wenn man die Eintheilung nimmt: das adimplementum cambiale sey entweder ein ordinarium oder extraordinarium, letzteres eine interventio, welche entweder addressata oder mere honoratifica ist, so verschwindet der Zweifel.

Anmerk. 2. Wenn Trassant dem Wechselinhaber verboten hat, einen Acceptanten in honorem anzunehmen, so kann, wenn dieß demohnerachtet geschieht, der letztere, wenn er von diesem Verbot Kenntniß gehabt hat, keine Rechte gegen den Trassanten erlangen, und als negotiorum gestor angesehen werden: ganz nach Grundsätzen des römischen Rechts. L. ult. Cod. de neg. gest. L. 40. D. mandati. Glück, (Pandecten-Com. B. 3. tit. 5. §. 420.) s. Mothes, (a. a. O. p. 18.) Dagegen Scherer, (Handb. d. WR. B. 1. S. 126.)

§. 382b. (M. §. 243.)

Der Trassat, wenn er den auf ihn trassirten Wechsel nicht nach dessen Inhalt, sondern dem Ausgeber zu Ehren acceptiren will, braucht zur Erhaltung seines Regresses keinen Protest aufnehmen zu lassen.

Einige behaupten, daß die Protestlevirung nothwendig erfolgen müsse, als: Selchow, (Grundsätze des WR. §. 80.) Musäus, (Anfangsgründe d. WR. §. 134.) und vorzüglich Knorre, (rechtliche Abhandlung. Halle 1757.) aus dem Grunde:

1) weil derjenige, welcher den Wechselbrief, dessen Acceptation der Trassat verweigert, dem Ausgeber zu Eh=

ren acceptirt, Sorge tragen müsse, daß derselbe vorher von dem Inhaber oder auch von ihm selbst protestirt werde; welche Ordnung durch den beständigen Wechselgebrauch dergestalt zur Regel und Richtschnur vorgeschrieben sey, daß, wenn einer vorher, ehe die Protestation geschehen, pro honor di lettera acceptiren wolle, derselbe praepostere handeln, und solche seine Acceptation ungültig seyn würde.

2) Der angegebene Gebrauch sey keinem gegründeten Zweifel unterworfen, wenn die Acceptation von einem Dritten geschehe; sie müsse aber auch in dem Falle statt finden, wenn der Trassat die zur Erhaltung seiner Wiederbezahlung vorgeschlagenen Mittel nicht annehmen, sondern dem Ausgeber zu Ehren den Wechsel acceptiren will, weil zwischen beiden Fällen kein wesentlicher Unterschied gezeigt werden könnte, vielmehr eben die Gründe, warum solches von einem Dritten erfordert wird, auch bei dem Trassaten vorkommen können, da derselbe in Ansehung dieser Acceptation als ein Dritter zu betrachten sey. Denn die Vollmacht, welche er dadurch erhalte, daß der Ausgeber des Wechsels auf ihn trassirt, habe er nicht angenommen, indem er die Acceptation verweigert, und nun jetzt zu Ehren des Ausstellers sich zur Acceptation entschließe, und als negotiorum gestor verbindlich mache. Marquard, (de iure mercat. Lib. II. C. 12. n. 45.) bemerke daher ganz richtig: an vero et ille, ad quem directae sunt literae eodem modo, tanquam tertius, pro honore literarum super protestu acceptando literas solvere sibique obligare scribentem possit? verum cum ex eo, quod non acceptat literas ad se directas, ei non potestas tollitur, quominus possit, tamquam tertius, solvere pro scribente, non video, cur non similiter eum liberando sibi contra eum actorem adquirat. Daraus ergebe sich, daß, da es eben so viel sey, als wenn der Wechsel auf ihn nicht gezogen wäre, alles dasjenige zu beobachten sey, was der Acceptation vorhergehen muß, im Falle der Acceptant sich den Regreß gegen den Ausgeber eröffnen wolle.

3) Sey der Einwand: daß bei einem Dritten der Protest zu dem Ende nothwendig sey, damit die von dem

Trassaten verweigerte Acceptation dadurch sofort erwiesen werden könne, hinfällig; denn theils sey in diesem Falle die Protestation gar nicht nothwendig, vielmehr genug, wenn die verweigerte Annahme durch eine öffentliche Urkunde erwiesen würde, theils sey es eine allgemeine durch den beständigen Wechselgebrauch befestigte Regel, daß ein Wechsel, der nicht schlechterdings nach dessen Inhalt acceptirt wird, protestirt werden müsse; Siegel, (corp. iur. camb. Th. 1. S. 16. n. 1.) mithin die Levirung des Protestes nicht blos des Beweises halber nothwendig, sondern als eine vorgeschriebene Form zu beobachten, folglich habe ein Jeder, welcher den Wechsel anders, als es dessen Inhalt mit sich bringe, acceptirt, die Besorgung des Protestes aber versäume, es seiner eigenen Schuld beizumessen, daß der Regreß gegen den Trassaten verloren gehe.

4) Hätten auch mehrere Wechselordnungen dieß vorgeschrieben: als die Braunschweigische WO. Art. 16 u. 17., die Nürnberger Kap. 2. §. 2. u. 4., die Breslauer von 1716. §. 8., auch das Parere der Krämermeister zu Leipzig, Siegel, (corp iur. camb. Th. 2. §. 88.) stimme damit überein.

Andere sind der Meinung, daß es keines förmlichen Protestes bedürfe, sondern der Trassat sopra protesto unter dem Wechsel zeichnen könne; wodurch der Vortheil entstehe, daß durch dergleichen Privatprotestation dem Trassanten mehr Ehre gebracht werde, als wenn solche offentlich von Notar und Zeugen aufgenommen würde; welcher Meinung sind: Willenberg, (Diss. de except. dol. in camb. Lib. 1. sect. 4. tit. 1. §. 8.) Stryck, (Diss. de accept. lit. camb. c. 4. §. 19.)

Die richtige von Hufeland, (Primae lineae doctrinae de prot. cambial. §. 42.) vertheidigte Meinung geht dahin, daß ein solcher Protest ganz unnöthig sey; denn es sey nicht die Rede von dem Proteste, den der Präsentant leviren läßt, welcher nie unterlassen werden dürfe, damit sowohl der Präsentant, als dessen Mandatar, als der dritte Acceptant, der sich den Protest übergeben läßt, den Beweis der Thatsache, woraus ihre Rechte erwachsen, bei

der Hand habe; es sey kein Grund einzusehen, warum ein neuer Protest des dritten Acceptanten erforderlich sey: denn die Sache, welche zur Acceptation die Veranlassung gegeben, sey schon durch den Protest erwiesen, die geschehene Acceptation und Zahlung selbst erhelle aus dem Wechsel, und es sey keine neue Thatsache eines Andern zu erweisen, der Regreß stehe aber gegen den Trassanten, eben so wie in einem andern Acceptationsfalle, offen.

Anmerk. (M. §. 246. 248. n. 6.) Bei einer Intervention zur Zahlung, oder was dem in dieser Bezeichnung rechtlich gleich steht, bei einer Zahlung, die demnächst der Ehrenacceptant leistet, ist die Aufnahme des Protestes unnöthig. Heiße u. Cropp, (Abh. Bd. 2. n. XI. Intervention ohne Protest.)

§. 382 c. (M. §. 248. n. 7.)

Nach dem gemeinen Wechselrecht ist der Inhaber eines protestirten Wechsels berechtigt, einen der vorigen Indossanten nach seiner Wahl in Anspruch zu nehmen und dieß gilt auch von dem Falle, wo die Bezahlung des Wechsels jedoch nur zur Ehre eines der Indossanten schon wirklich erfolgte.

Was die Frage betrifft: ob der Inhaber eines protestirten Wechsels sich blos an seinen nächsten Vormann zu halten, oder auch gegen einen vorigen Indossanten nach seiner Wahl den Rückanspruch zu nehmen berechtigt sey, so ist, wenn gleich die Wechselordnungen*) verschiedene Bestimmungen enthalten, nach der rechtlichen Natur des Wechselgeschäfts überhaupt und der Indossamente ins besondere anzunehmen, daß dem Inhaber das Wechselrecht zusteht; denn jeder Indossant wird durch sein Indossament selbst Wechselschuldner gegen den, auf welchen er den Wechsel überträgt und wenn dieser auf Ordre gestellt, oder wenn dieses auch nicht ist, indem die Klausel auch stillschweigend zu verstehen, (§. 374.) auch gegen jeden künftigen Inhaber des Wechsels, welcher die Zahlung desselben zu begehren berechtigt ist.

*) Nur an den nächsten: nach der Leipziger WO. v. 1682. §. 9. Danziger v. 1701. Art. 29. 30. Braunschweiger v. 1715. Art. 36. Wiener 1717. Art. 25. — an alle: nach der Hamburger v. 1711. Art. 32. nach der Augsburger v. 1716. Kap. 6. §. 1. Frankfurter v. 1759. §. 29.

Das Indossament vertritt die Stelle des Wechsels, so daß daraus wider den Indossanten eben so wohl, wie aus dem Wechsel wider den Hauptschuldner nach Wechselrecht verfahren werden kann, weßhalb das Indossament in der That als wahrer Wechselbrief zu betrachten ist. (Danz, Handbuch Th. 2. §. 235. S. 416.) Hieraus ergiebt sich die Richtigkeit des aufgestellten Satzes; auch ist leicht practisch erweislich, daß es dem allgemeinen Zweck des Wechselinstituts, möglichste Erleichterung des Handelsverkehrs, gerade zu entgegen seyn würde, wenn der Inhaber eines mehrmals indossirten Wechsels, dessen Acceptation oder Zahlung verweigert wird, sich jedesmal nur an seinen unmittelbaren Indossanten, dessen Aufenthalt vielleicht von dem seinigen weit entfernt ist, halten sollte, während er einen frühern zahlungsfähigen Indossanten wohl an dem nämlichen Orte oder in der Nähe in Anspruch nehmen kann. Deßhalb haben auch vorzüglich die neuern Rechtsgelehrten jenes Princip als Regel des gemeinen Wechselrechts angenommen, als: Püttman, (WR. §. 143.) Danz, (a. a. O. S. 420.) Martens, (Handels- u. WR. §. 102.) Eichhorn, (Einl. §. 132.)

Ob aber auch alsdann, wenn bereits die Zahlung, jedoch nur in honorem erfolgte, der Wechselinhaber bei seinem Rückanspruch von seinem Wahlrecht Gebrauch machen könne, ist zweifelhaft. Als Zweifelsgrund steht der Bejahung dieser Frage entgegen, daß durch die wirkliche Bezahlung des Wechsels das ganze Geschäft zu seiner Erfüllung gediehen, mithin der ganze dadurch begründete Verbindlichkeitsnexus aufgelöst worden zu seyn scheint. Allein die bejahende Beantwortung ist nicht zu bezweifeln. Bedenklicher würde dieses seyn, wenn irgend ein Dritter, welcher als Intervenient zur Ehre des Wechselausstellers oder eines der Indossanten zahlte, unmittelbar seinen Rückanspruch an einen der Vormänner nehmen wollte; denn diesem Dritten könnte entgegengesetzt werden, daß ihm, da er keine Verbindlichkeit und kein Recht aus dem Wechselgeschäft hätte, auch nicht die eigenthümlichen Wirkungen des Geschäfts zu Statten kommen könnten.

Eichhorn, (a. a. O.) nimmt an, daß der, welcher zur Ehre des Trassanten oder eines Indossanten zahlte, eine Klage nach Wechselrecht sowohl gegen den Honoraten, als im Zweifel auch gegen dessen Vormänner erhalte; eben dieser Meinung ist Martens, (in Zusätzen zu Püttmans WR. 3te Ausg. §. 141. not. b.) Um so mehr aber ist in einem solchen Falle derjenige, für welchen der Dritte zahlte (der Honorat), zum Rückanspruch gegen seine Vormänner berechtigt, da diese sämmtlich ihm als Selbstschuldner nach Wechselrecht verhaftet sind. Thomasius, (Resp. Frank) diss. de iure adimpl. liter. cambialium hon. causa Hal. 1715. §. 38. sagt: qui posteriores cedentis intuitu solvit, ius consequitur adversus omnes praecedentes, hi enim in nexu manent non secus, ac simplici tantum protestatione interposita.

Der oben angeführte Zweifelsgrund ist nicht schwer zu beseitigen. Die Zahlung in honorem ist nämlich der contractmäßigen Erfüllung der Wechselverbindlichkeit, wodurch diese völlig aufgelöst wurde, keinesweges gleich zu achten, sie ist vielmehr nur ein aushülfliches Mittel, das Unterbleiben der contractmäßigen Zahlung minder schädlich zu machen, indem sie allein zu dem Zweck geschieht, den Trassanten oder einen der Indossanten, welchem zu Ehren solche vorgenommen wird, gegen die Nachtheile, welche das Zurückgehen des Wechsels mit Protest für ihn haben würde, zu sichern und seinen Kredit aufrecht zu erhalten. Die zu einem so speciellen Zwecke erfolgende Zahlung läßt aber das Wechselgeschäft an und für sich in allen seinen Wirkungen fortbestehen, und der Dritte, welcher eine solche Zahlung leistete, dabei gleichwohl den Wechsel wegen der nicht vom Aussteller geleisteten Zahlung protestiren ließ, tritt in dieser Hinsicht ganz an die Stelle des Präsentanten, und erwirbt sich alle dem Inhaber eines noch nicht bezahlten Wechsels zustehenden Rechte. Es ändert auch in dem Verhältniß desjenigen, welcher von seinem Hintermann in Rückanspruch genommen wird, durchaus nichts, ob der protestirte Wechsel, worauf er belangt wird, wirklich bezahlt worden ist oder nicht; denn wäre dieß nicht der Fall, so müßte der-

jenige, zu dessen Ehren nunmehr die Zahlung von dem Intervenienten geleistet worden, dem Wechselinhaber, sobald er von diesem angegriffen würde, noch jetzt zahlen und könnte auch selbst einen von diesen unmittelbar auf Zahlung belangen. Eben diese Verbindlichkeit aber, welche dem hierauf belangten Vormanne alsdann obläge, wird unter obiger Voraussetzung von demjenigen, zu dessen Ehre die Zahlung von dem Intervenienten geschah, und welcher, diesen wieder befriedigt zu haben, durch den Besitz des Wechsels und des Protestes nachweist, wider ihn geltend gemacht. Daher ist die angeführte Meinung die richtigere; s. Pfeiffer, (pract. Ausführung. Th. 1. n. XI.)

§. 383. (M. §. 249.)

Das beneficium excussionis s. ordinis steht dem Wechselbürgen nicht zu.

Die Wirkungen der Bürgschaften bei Wechseln sind sehr verschieden, je nachdem es eine reine Wechselverschreibung eines Bürgen (per avallum) oder eine Bürgschaftsverschreibung in einer besondern Urkunde ist, so wie es auch darauf ankommt, für wen die Bürgschaft geleistet ist, für den Aussteller oder Acceptanten, von welchen die rechtlichen Wirkungen des Indossaments eines Bürgen verschieden sind. (Archiv d. HR. B. 2. n. 26. S. 394.) Ist ein Avall vorhanden, so haftet der Bürge nach Wechselrecht, leistet Verzicht auf die dem Bürgen zustehenden Rechtswohlthaten, und kann nicht verlangen, daß der Schuldner zuerst in Anspruch genommen werde.

Hiermit stimmen überein: de Turri, (de camb. disq. 1. q. XVII.) Frank, (Inst. i. camb. Lib. II. Sect. II. tit. IV. §. 4.) Marquard, (de iure mercator. Lib. III. tit. VIII. n. 5.) Püttmann, (de avallo. Lpz. 1781. u. Advers. iur. universi. Lib. III. C. 1. p. 1.) Scherer, (Handbuch d. WR. Th. 1. S. 307. Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 237.) Pohl, (Handelsrecht Th. 1. S. 293.) Mittermaier, (a. a. O.), womit auch mehrere Wechselordnungen übereinstimmen: Chursächs. Prozeß- und Gerichtsordn. Anhang §. 18. Oberlausitzer WO. §. 11. Alten-

burger WO. Kap. 1. § 3. Das Pr. LR. Th. 1. tit. 14. §. 296. Code de commerce Art. 142. Andere nehmen aber das Gegentheil überhaupt ohne besondere Einschränkung an: als Zipfel, (de tesser. collyb. Sect. III. § 9. 10.) Kolb, (de pecunia mutat. tut. coll. C. 3. §. 28.) Böhmer, (de act. Sect. II. C. 8. §. 45. lit. u.) Bender unterscheidet, ob der Bürge ohne weitern Zusatz „als Bürge" den Wechsel unterschrieben habe, oder mit demselben; im erstern Falle stehe ihm die Einrede darum zu, weil er durch den Zusatz zu erkennen gegeben, daß er als Bürge behandelt werden wolle, er sonach erst nach dem Verpflichteten im Obligo sich befinde. Es könne dagegen nicht eingewendet werden, daß das Avall auf dem Wechsel stehe; dieß verbinde zwar den Bürgen nach Wechselrecht, damit sey aber nicht gesagt, daß er neben dem Verbürgten im Obligo stehe; es folge blos daraus, daß er nach Wechselrecht hafte, das wie bestimme sich aber nach ganz andern Gründen. Das Wesen der Bürgschaft drücke ein Haften nach dem Verbürgten aus, vorausgesetzt, daß von diesem nichts zu haben sey; trete alsdann die Zahlungspflicht des Bürgen ein, so sey hier keine gemeine, sondern eine wechselmäßige, mehr könne man nicht zugeben. Diese Meinung haben auch Rivinus, (de praerogativo creditorum cambial. §. 5. in Besecke p. 8. 78.) u. Martens, (HR. §. 119.) vertheidigt. Allein sie ist darum ungegründet, weil durch diesen Zusatz die einmal anerkannte Verbindlichkeit, nach Wechselrecht haften zu wollen, nicht beschränkt wird: wollte er blos als Bürge haften, so mußte er einen Bürgschaftsschein oder eine Bürgschaftsverschreibung ausstellen.

§. 384. (M. §. 249.)

Der Wechselbürge haftet auch alsdann, wenn der Schuldner wechselunfähig ist.

Nach dem gemeinen Recht ist gegen den Bürgen die Klage auch dann zulässig, wenn gegen den Schuldner keine Klage statt hat, (L. 25. D. de fidei. et mand.) auch kann sich der Bürge stärker verpflichten als der Schuld-

ner: Thibaut, (Pandectenrecht §. 951. lit. D.), auch der Bürge zwar dem Gläubiger dringliche Einreden des Schuldners, nicht aber seine persönlichen entgegensetzen. Schmid, (de fideiuss. plane non obligato §. 142.) Diese Bestimmungen sind auch auf den Wechselbürgen anzuwenden. Scherer, (HB. d. WR. Th. 1. S. 306.) Bender, WR. B. 2. S. 73.) Andere, als: Stryck, (de caut. contr. 1. C. 2. §. 30.) Ludovici, (de muliere camb. §. 28.) Drechsler, (de except. SC. Maced. fideiuss. fil. fam. deneg. §. 7.) sind der entgegengesetzten Meinung, welche auch in der Entscheidung des Leipziger Schöppenstuhls (bei Zipfel, Anhang S. 709.) angenommen ist. Sie geht dahin, daß der Bürge nur alsdann hafte, wenn ihm die Unfähigkeit des Schuldners vor der Verbürgung bekannt gewesen, oder er sich absichtlich zum Besten des Gläubigers verbürgt in Fällen, wo wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit existire; in andern Fällen hafte er aber nicht, vielmehr falle hier die Bürgschaft als accessorium mit der Hauptsache weg, und der Schuldner könne keine Verbindlichkeit übertragen, deren Uebernahme ihm selbst untersagt sey.

§. 385. (M. §. 249.)

Der Wechselbürge kann seinen Regreß gegen den Verbürgten nach Wechselrecht gegen die Vormänner aber nur hiernach alsdann nehmen, wenn der Wechsel auf ihn indossirt ist.

Wenn der Wechselbürge bezahlt hat, so hat er das Recht, gegen den Verbürgten und gegen die Vormänner seinen Regreß zu nehmen.

Was nun der Regreß gegen den Verbürgten und insbesondere die Frage betrifft: ob gegen denselben im Wechselprozeß geklagt werden könne, so muß solche, da die Wechselgesetze nichts bestimmtes enthalten, nach dem gemeinen Recht beurtheilt werden. Nach demselben steht dem Bürgen, wenn er für den Hauptschuldner bezahlt hat, die Mandatsklage (actio mandati), wenn er mit Wissen und Willen des letztern sich verbürgt hatte, (L. 10. §. 11. D. mandati L. 25. D.

L. 14. C. de fideiuss.) und die actio negotiorum; wenn es ohne Vorwissen des Hauptschuldners geschah (L. 4. de fideiuss.) zu; hat er nun den Wechsel bezahlt und sich vom Gläubiger auf dem Wechsel quittiren lassen, so erhält er alle dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner zustehende Rechte, alle gehen in vollem Maße auf ihn über. Daher kann denn auch der Bürge aus dem Wechsel, welcher ihm von dem Gläubiger ausgehändigt worden, gegen den Schuldner um so mehr wechselmäßig klagen, indem es ja nur von dem Wechselinhaber abhing, ob er seine Wechselrechte wider den Hauptschuldner oder wider den Wechselbürgen ausführen oder verfolgen wollte, folglich, wenn er jenes wählt, der Hauptschuldner die Strenge des Wechselrechts empfinden muß, und deßhalb durch die Cession seiner Wechselrechte auf den Wechselbürgen und deren Gebrauch von diesem wider den Hauptschuldner, diesem letztern kein Präjudiz zugeht, worüber er sich zu beklagen hätte, indem die Verfolgung dieser Wechselrechte gegen den Hauptschuldner die nämlichen sind und bleiben, sie mögen von dem Wechselgläubiger selbst, oder von desselben Anwalt, oder vom Cessionar verfolgt werden.

Hiermit stimmt überein: Bender, (HR. 2. S. 75.) s. a. Dessauer WO. §. 16. Danziger WO. Art. 38. Das Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 102. „der Bürge, welcher statt des Hauptschuldners einen Wechsel einlöset, tritt ohne Cession in alle Rechte des Wechselgläubigers.“ Andere dagegen sind der Meinung: daß eine förmliche Cession des Wechsels erfolgen müsse, wenn der Bürge berechtigt seyn soll, gegen den Schuldner wechselmäßig zu klagen, als: Riccius, (Exercit. iur. camb. 8. Sect. 1. §. 4.) Scherer, (Handb. d. WR. Th. 1. S. 310.) Weiseneck, (Theorie §. 180.) Mittermaier, (a. a. O.)

Was den Regreß gegen die Indossanten betrifft, so sind Einige der Meinung, daß der Wechselbürge gegen einen Indossanten in dem Falle, wenn der Inhaber den bezahlten Wechsel auf ihn quittirt habe, wechselmäßig klagen könne. Berger, (oeconom. iur. Lib. III. th. 30. th. 2. not. 5.) Bender, (WR. 2 S. 76.) Andere dage=

gen behaupten, daß ohne eine besondere Cession der Rechte des Inhabers dieses Recht ihm nicht zukomme.

Diese leztere Meinung ist darum gegründeter, weil der quittirte Wechsel wohl beweist, daß der Wechselbürge ihn bezahlt hat, nicht aber, daß er in die Rechte des Inhabers gegen die Indossanten getreten ist. Ist die Cession oder des Indossament auf dem Wechsel angemerkt, so sind alle Requisiten vorhanden, wodurch dem Indossator seine Wechselrechte wider den Trassanten, Indossanten oder Acceptanten gewahrt worden; denn das Avall kann auch durch Indossamente geschehen. Gleichwie nun nach allen Wechselgesetzen ein Jeder, welchem Wechselrechte übertragen worden sind, mit Auswahl entweder gegen den Acceptanten oder Indossanten bis zum Trassanten hinauf nach Wechselrecht klagen kann, so daß nichts weiter erfordert wird, als daß aus dem Wechselbrief selbst geklagt werde, und aus diesem der ganze Inhalt der Klage alle contenta libelli zu Tage liegen, und dann hier wie dort gleicher Grund zur Entscheidung vorhanden ist, auch der Bürge nunmehro nicht mehr aus Vollmacht des Hauptschuldners, sondern aus Auftrag des Wechselgläubigers zu seinem eigenen Besten actione directa oder auch durch Kraft seines eigenen erworbenen Rechts agirt, (76 D. de solut. L. 7. 8. 9. C. de haered. vel act. vend.) so ist nach dem gemeinen Recht und nach der Analogie der Wechselrechte anzunehmen, daß auch das nämliche Wechselrecht dem Wechselbürgen gegen die Vormänner zustehe. Scherer, (a. a. O.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 386. (M. §. 249.)

Der Wechselbürge haftet nicht, wenn der Gläubiger zur Verfallzeit säumig im Einfordern der Schuld gewesen, oder gar dem Schuldner längere Frist bewilligte.

Wenn die Wechselordnungen und Particulärgeseße keine Bestimmung enthalten, wie unter andern das Stadtbuch von Hamburg P. II. tit. VI. Art. 15 und die Frage nach gemeinem Recht beurtheilt wird, so sind einige Rechtsgelehrte der Meinung, daß der Bürge dennoch, wenn auch

der Gläubiger dem Schuldner Nachsicht gegeben habe, verhaftet bleibe, sich insbesondere auf die L. 7. C. locati conducti stützend. Ueberdieß stehe ja dem Bürgen die Befugniß zu, zur gehörigen Zeit den Gläubiger an das Einfordern der Zahlung zu erinnern, und wenn er dieses unterlasse, so willige er dadurch stillschweigend in die Prolongation, welche Meinung unter andern: Misler, (Diss. de effectu temporis circa fideiussorem §. 15.) Walch, (Introd. in controv. iur. civil. p. 57.) vertheidigen. Allein abgesehen davon, daß nach dem gemeinen Rechte Mehrere schon das Gegentheil annehmen, als: Mynsinger, Gail, Lyncker, besonders Schmid, (de fideiuss. plane non obligato. tit. 2 c. 3. p. 211.), so ist doch die entgegengesetzte Meinung weit gegründeter. Es ist eine bekannte Regel: Dies interpellat pro homine (l. 12. C. de contr. et comit. stip.) ad incognita non trahitur consensus (L. 99. D. de v. Obl.) Hätte die Bürgschaft über die Zeit hinaus dauern sollen, so würde dieß vorher stipulirt seyn, und in der gewöhnlichen Form des Avalls zeigt sich keine Spur von stillschweigender Einwilligung in die Fristverlängerung, was hinsichts des Avalls doppelt scharf genommen werden muß, weil dieses eine weit strengere Haft als die gemeine Bürgschaft erzeugt. Uebrigens sind die von den Gegnern angeführten Gründe von sehr geringem Gewicht. Was zuerst das Vergessen des Geldeinforderns betrifft, so liegt darin augenscheinlich eine Fahrlässigkeit des Inhabers, welche diesem niemals nützen, sondern immer nur schaden kann. Die Einrede, welche hieraus der Bürge gegen ihn bildet, fließt aus der Natur des Wechselrechts, das dem Inhaber allen Regreß unbedingt entzieht, sobald derselbe seine Obliegenheiten mehr oder weniger unerfüllt gelassen hat, wohin das Nichteinfordern der Zahlung zur richtigen Zeit vollkommen gehört. Der Bürge kann somit die Einrede mit voller Rechtskraft dem Inhaber, der keine Zahlung eingefordert hat, entgegensetzen, sofern er für deren Liquidirung gehörig sorgt.

Was ferner die Prolongation anbetrifft, so kann auch diese ihm nicht nachtheilig werden, denn er verbürgte sich

unter der Voraussetzung der Beobachtung des bestimmten Zahltags durch den Inhaber, der sich im Unterlassungsfalle der Einrede der Fahrlässigkeit preis giebt. Auch giebt ja der Inhaber des Wechsels dadurch, daß er den Wechselschuldner länger die Forderung stundet, zu erkennen, daß er von jetzt an dem Verbürgten vollen persönlichen Credit beimesse und keine Verbürgung weiter verlange. Hiermit stimmt überein: Hasse, (Archiv d. HR. B. 1. n. 14., wenn er gleich das Gegentheil nach Hamb. Recht behauptet.) Bender, (WR. 1. §. 399. S. 78.)

Anmerk. Der Grundsatz, daß die Wechselbürgschaft aufhöre, wenn die Verbindlichkeit des Wechselschuldners erlöscht, ist unrichtig; denn es kann die wechselmäßige Verbindlichkeit des Schuldners erloschen seyn und dennoch die Verbindlichkeit des Wechselbürgen fortdauern; unter andern alsdann, wenn die Wechselkraft durch Verjährung in Rücksicht des Schuldners erloschen ist. Schweitzer, (Diss. de praes. act. cambialium Vit. 1805. p. 18.)

§. 387. (M. §. 252. n. 3.)

Der Wechselgläubiger ist nicht befugt, gleichzeitig auf Güterbeschlag und Personalarrest des Schuldners außer dem Fall des Concurses anzutragen. (Von dem Fall im Concurs s. §. 390.)

1) Wenn die Wechselgesetze das strenge Verfahren vorschreiben, so steht dem Wechselgläubiger dann die Befugniß zu, wenn der Schuldner nach rechtskräftigem Erkenntniß nicht bezahlt, entweder auf die Execution in sein Vermögen oder auf Personalarrest anzutragen. Das ius variandi steht ihm zu, nicht aber das ius cumulandi in Rücksicht der beiden Rechtsmittel.

2) Hat sich der Gläubiger ein besonderes Unterpfandrecht wegen seiner Forderung von dem Schuldner auf seine unbeweglichen Güter ertheilen lassen, so hat er dadurch auf dieß strenge Wechselrecht verzichtet, und kann seine Ansprüche blos durch die hypothekarische Klage verfolgen. Hasche, (Erläutr. der Hamb. Fallitenordnung. Th. 2. S. 459. 460.) Klefecker, (Samml. Hamb. Gesetze. Th. 3. S. 464.) Würde jedoch durch den Verkauf der Güter der Gläubiger nicht ganz befriedigt werden, so steht ihm in subsiduum frei, sich an die Person des Schuldners zu halten.

Hiermit stimmen überein: Leyser, (medit. ad P. Sp. 133. med. 2.) Ludovici, (Einl. z. Wechselprozeß Kap. 2. §. 16.) Püttmann, (Wechselrecht §. 190.) Siewert, (Materialien z. vollst. Erkl. des pr. LG. Heft 2. S. 170.) s. a. würtemb. WO. Kap. 7. §. 2. Pr. Gerichtsordn. Th. 1. tit. 27. §. 46. Das Gegentheil nehmen an: Hommel, (Rhaps. ob. 768.) Westphal, (deutsch. PR. Th. 2. S. 371., welcher insbesondere bemerkt, daß Cumulation nicht alternative, sondern copulative zulässig sey.) Binder, (Wechselrecht B. 2. Abth. 2. S. 450.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Leipziger Handelsgerichtsordn. Art. 21. Braunschweiger WO. Art. 54. Badner Verordn. v. 5ten Jul. 1814. §. 4. Code de Com. Art. 172.

§. 388. (M. §. 252.)

Die Einrede der Lex Anastasiana gegen Wechselforderungen ist unstatthaft.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage: ob die Lex Anastasiana (L. 24. C. mandati) in Wechselsachen überhaupt statt habe, sind sehr getheilt.

Einige vertheidigen die Zulässigkeit, als: Ludovici, (WProz. C. II. §. 1.) Frank, (Institutiones i. camb. L. 2. S. 7. tit. 20. §. 4.) Wernher, (Obs. sel. for. P. 3. ob. 5.) vorzüglich Schönigahn, (Ueber die Zulässigkeit der Einrede des anastasianischen Gesetzes gegen Wechselforderungen. Wolfenb. 1802.) Die Gründe sind:

1) ist das römische Recht auch in Wechselsachen anwendbar.

2) Ein Gesetz kann auf alle Fälle angewendet werden, worauf es paßt.

3) Durch das Gesetz wird der Wucher und die Uebervortheilung verhindert.

4) Die aus der Lex anast. entspringende Einrede ist ine solche, welche von dem Richter ex officio zu ergänzen ist.

5) Die Einrede gründet sich in einem verneinenden und verbietenden Gesetz.

6) Das anastasianische Gesetz begreift virtualiter die Indossamente mit in sich: es ist identitas rationis da, es mag eine gewöhnliche Cession, oder eine davon ohnehin nur in forma verschiedene indossatio vorgegangen seyn.

7) Sie kann nicht nur bei der eigentlichen Wechselklage, sondern auch bei der Widerklage gebraucht werden.

Andere dagegen unterscheiden zwischen Wechseln, welche von Kaufleuten ausgestellt sind, oder von andern Personen: bei jenen lassen sie solche nicht zu, wohl bei diesen; als: Claproth, (Einl. in d. summarischen Prozeß Abh. 2. Heft 3. §. 69.) Danz, (Gr. des Prozesses §. 41. u. Handbuch d. d. PR. B. 2. §. 245.) Noch Andere, als: Leyser, (Med. ad. P. Sp. 203. m. 6.) Riccius, (exercit. ad ius camb. Ex. 6. S. 2. §. 28.) Schubart, (Dec. quaest. iur. camb.) sind der Meinung, daß die Einrede dann gegen den Wechsel zulässig sey, wenn die Valuta weniger als der Wechsel besagt. Mehrere aber verwerfen diese Einrede ganz, und zwar darum:

1) weil der Wechselhandel damit nicht bestehen kann. Welcher Nachtheil würde dadurch bewirkt werden, wenn dem Kaufmann in wichtigen Geschäften, wo er sogleich das Geld haben muß, bei Präsentation des Wechsels ein solcher Einwand gemacht werden könnte.

2) Sie ist der Natur des Wechselgeschäfts entgegen, welche schnelle Beförderung erfordert.

3) Der Grund und die Veranlassung des anastas. Gesetzes paßt nicht auf Indossamente. Der Grund des Gesetzes ist Verhütung des Wuchers, dieser fällt bei Indossamenten weg.

4) Das Gesetz ist vorzüglich für diejenigen gegeben, welchen es an Erfahrung fehlt; dieß ist aber bei denen, welchen nach den Wechselordnungen Wechselfähigkeit beigelegt worden, nicht anzunehmen.

5) Indossament und Cession sind von einander wesentlich unterschieden und daher von dieser nicht auf jene zu schließen.

6) Das anastasianische Gesetz läßt unentschieden und unbestimmt, in welchen Fällen das für die Forderung gegebene pretium pro iusto zu halten ist.

7) Der Wechsel ist als eine Waare anzusehen, deren Werth unveränderlich ist, und die der Indossatar als Käufer zu demjenigen Preise an sich bringt, den der Lauf der Handlung oder ein besonderer Vertrag bestimmen.

8) Das Wechselgeschäft ist ein deutsches Institut, auf welches das römische Recht nur mit Vorsicht anzuwenden ist.

9) Das Gesetz selbst beruht in aequitate cerebrina, wie Thomasius solches hinlänglich erwiesen hat.

10) Im Wechselprozeß können blos liquide Einreden vorgeschützt werden, allein die Einrede des anastasianischen Gesetzes gehört zu den illiquiden.

11) Dem Indossaten kann es gleich viel seyn, wie viel der Indossatar dem Indossanten gezahlt hat.

12) Die Lex anast. leidet keine Anwendung, wenn wegen Erhaltung der cedirten Forderung eine Besorgniß der Ungewißheit obwaltet.

Diese Meinung vertheidigen: Beck, (Wechselrecht K. 2. §. 4) Struben, (rechtl. Bed. B. 4. B. 44.) Pfeiffer, (practische Ausführungen S. 44.) Scherer, (Wechselproceß §. 99.) Bender, (WR. 2. S. 394.) vorzüglich Kahn, (über die Unzulässigkeit der Einrede gegen Wechselforderung. Braunschw. 1802.) Mittermaier, (a. a. O.)

Diese letztere Meinung ist die richtigere; überhaupt verdient das ganze Gesetz keine Begünstigung, weßhalb auch neuere Gesetze solches aufgehoben haben. s. Pr. LR. Th. 1. tit. XI. §. 391.

§. 389. (M. §. 252.)

Der Einwand der Fälschung kann der Regel nach nicht dem Indossatar entgegengesetzt werden, sondern der Wechselschuldner ist zur Zahlung verbunden.

Die Fälschung kann auf eine doppelte Art erfolgen, entweder indem Jemand die ganze Schrift falsch nachmacht, oder indem er auf ein leeres Blatt, worauf Jemand seinen Namen geschrieben hat, die Schuldverschreibung eines Andern

dern setzt. Daß nun aus einem ganz falschen Schuldschein kein Recht entstehen kann, ist an sich klar, daher auch der Schuldner nicht zur Zahlung angehalten werden kann, wenn der Schuldschein falsch ist. Da der Beweis der Falschheit mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, so ist es dem Beklagten nach deutschen Gesetzen, (Reichsabschied v. 1654 §. 39. u. 45.) gestattet, die Klage durch das Erbieten zum iuramentum diffessionis abzuwenden. Frommann, (Diss. de. iuram. diffess. Marburg 1723.) Wenn aber blos der Inhalt, nicht die Unterschrift falsch ist, so wird der Schuldner in dem Executiv- oder hier Wechselprozeß dennoch zur Zahlung verpflichtet, kann jedoch den Einwand des falsi in separato ausführen. Meister, (Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu. Gött. 1774. §. 26.)

Ob aber alsdann, wenn die Fälschung von dem Indossanten begangen, dem Indossatar der Einwand der Fälschung entgegen gesetzt werden, oder der Schuldner zur Zahlung verurtheilt werden könne, ist die bestrittene Frage.

Mehrere sind der ersten Meinung: als Kind, (Quaest. for. T. IV. C. 13.) Die Gründe sind:

1) ein jeder Vertrag, dem ein dolus zum Grunde liegt, ist unnültig, (L. 16. §. 1. D. de minor. L. 3. §. 3. D. pro socio) sonach auch ein Wechsel, der falsch ist. Aus demselben entsteht kein Recht für den Gläubiger und sonach kann er auch solches nicht auf den Indossatar übertragen, denn der Gläubiger kann das Klagerecht gegen den Schuldner nur in der Art, als er es selbst hat, auf den Cessionar übertragen: das Recht des Schuldners kann durch die Uebertragung nicht deterior werden, sie mag nun ex titulo lucrativo oder oneroso erfolgt seyn.

2) Wenn ein Wechsel verfälscht ist, so ist dieß ein Realfehler, der auf demselben haftet und auf jeden Nachfolger übergeht. Wenn daher der Beklagte der gegen ihn von dem Indossatar angestellten Klage die exceptio falsi, welche durch die Handlung des Indossanten begründet ist, entgegensetzt, und diese sogleich liquid macht, oder doch zum

wenigsten solche Anzeigen vorbringt, wodurch sie begründet werden kann, so erfordert es das Recht und die Billigkeit, daß in dem erstern Falle der Indossatar sogleich zurückgewiesen wird, in dem letztern Falle aber, daß, bevor in der Sache weiter verfahren werden kann, die Untersuchung wegen der Verfälschung eingeleitet werde.

Dagegen nehmen Leyser, (medit. ad Pand. sp. 202. M. 2) Heineccius, (Elem. iur. camb. C. 1. §. 15.) Ludovici, (Einl. z Wechselprozeß Kap. 11. §. 33.) Frank, (Inst. iur. camb. C. II. Sect. VI. tit. 4. §. 8. 9. 12.) Wellenberg, (Diss. de except. doli in camb. cess. Gedan 1702.) Koch, (Quatenus indossatario exceptiones ex persona indossantis opponi queant. Gießen 1773. in Beseke, Th. iur. camb. P. 1. p. 992.) an, daß dieser Einwand wegfalle. Denn

1) wenn man auch annehmen will, daß ein falsum ohne einen dolus nicht gedacht werden, (L. 20. c. ad leg. Cornel. de falsis) und der Schuldner die exceptio doli dem Gläubiger dieses verfälschten Instruments entgegensetzen kann (L. 38. D. de dolo malo), so kann doch dieser Einwand einem Andern nicht entgegen stehen, indem der dolus des Einen einem Andern nicht schadet (L. II. pr. D. de doli mali et metus except), daher auch der, dem eine Klage durch einen Kauf oder andere Art abgetreten ist, sich auf den Einwand des dolus seines auctor nicht einzulassen braucht. (Ulpian sagt in L. 4. §. 31. D. de doli mali et metus except.: auctoris autem dolus (sicut diximus) emtori non obiicitur.) Hieraus ergiebt sich, daß der dolus des Indossanten dem Indossatar nicht nachtheilig seyn kann.

2) Wer sich seines Rechts bedient, kann durch den Betrug und durch den für einen Andern entstandenen Schaden keinen Nachtheil leiden (L. 55. D. de reg. iur.); sonach fällt auch die exceptio doli gegen den Wechsel weg.

Wenn gleich dem Indossatar die Einwendungen entgegengesetzt werden können, welche nach den Bestimmungen des Civilrechts dem Bevollmächtigten und dem Cessionar entgegenstehen, so fallen doch mehrere wegen Begünstigung

des Handels weg, als unter andern die exceptio solutionis und compensationis. Der Grund ist der, weil es eine Nachlässigkeit des Wechselschuldners ist, daß er, wenn er bezahlt, oder die Forderung durch Compensation getilgt hat, den Wechsel, der doch ein strenges Verfahren bewirkt, in den Händen des Gläubigers läßt. Das nun bei der exceptio solutionis et compensationis Anwendbare kann auch auf andere Einreden bezogen werden, welche aus der Person des Indossanten abzuleiten sind. Hommel, (Rhaps. ob 121.) Wenn nun diese Einreden, welche aus der Person des Indossanten abzuleiten, dem Indossatar weder bei der Klage noch Widerklage entgegengesetzt werden können, so muß das nämliche bei der exceptio falsi, wenn der Indossant das falsum begangen, statt finden.

4) Derjenige, welcher ein leeres Blatt blos mit seiner Unterschrift versehen einem Andern übergiebt, begeht doch eine grobe Nachlässigkeit, und muß die nachtheiligen Folgen sich selbst zuschreiben.

Diese Meinung ist die richtigere, indem in dem Wechselprozeß blos solche Einreden gebraucht werden können, welche sogleich liquid zu machen sind, zu welchen aber die exceptio falsi nicht im Allgemeinen zu zählen ist. Sollte aber der Wechselschuldner die Falschheit sogleich darzuthun im Stande seyn, so würde er solche auch gegen den Indossatar vorschützen können. s. Bender, (WR. S. 218.) auch Pr. LR. (Th. 1. tit. 8. §. 1145.)

§. 390. (M. §. 253. n. 1.)

In Concursfällen steht dem Gläubiger die Befugniß zu, auf Personalarrest gegen den Schuldner anzutragen und zugleich seine Ansprüche beim Concursgericht zu verfolgen.

Der Grund ist der, weil der Wechselgläubiger durch Verfolgung seines Rechts einem andern bevorzugten Gläubiger keinen Schaden zufügt, und der Personalarrest auf den Eigenthümlichkeiten des Wechselprozesses beruht.

Hiermit stimmen überein: v. Cramer, (observat. T. I. obs. 364.) Leyser, (med. sp. 133. med. 2. sp. 490.

m. 5.) Siegel, (Corp. iur. camb. T. II. S. 226.) Gmelin, (jurist. Beobachtungen B. 5. §. 145.) Veiel, (de iure perseq. debit. non obstante concursus ex camb. Jen. 1794.) Scherer, (Handb. d. WR. Th. 1. S. 421.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 250.) Treitschke, (Wechselrecht §. 146.) Witt, (de iur. debiti camb. in conc. cred. Heidelb. 1815.) Scholz, (über das Concursrecht in Schleswig S. 21.) Trütschler, (von der Präclusion der Gläubiger S. 81.) Schweppe, (vom Concurs § 52.) Mittermaier, (a a. O.) v. Gönner u. Schmidtlein, (Jahrbücher B. 2. S. 365.) s. a. Bay. WO. Kap. 10. §. 9. n. 10. und Bay. Verordn. v. 1sten Dec. 1816. (Novellen z. Gerichtsordn. B. 3. S. 154.)

Mehrere nehmen ohne weitere Voraussetzung das Gegentheil an. Ludovici, (Wechselprozeß Kap. 2. c. 15.) Claproth, (WR. S. 82.) Dabelow, (Concurs d. G. S. 529.) Rumohr, (nähere Prüfung der Frage: Kann der Creditor während der Dauer des Concurses zum Einlager angehalten werden? S. 28.) Eichhorn, (Einl. §. 148.) Andere gestatten dem Wechselgläubiger die persönliche Verfolgung des Wechselschuldners nicht, wenn er sich in den Concurs eingelassen hat. Franke, (Inst. iur. camb. Lib. II. Sect. V. tit. 2. §. 1.) Danz, (Handbuch d. deutsch. PR. §. 250.) Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 280.) Weißegger, (WR. §. 319. u. b.) Noch Andere sind der Meinung, daß die Wechselstrenge nicht statt findet, wenn der Schuldner das beneficium cessionis bonorum erhalten. Mönkeberg, (adnumerat. iur. cambialis in concursu credit. Gött. 1788. §. 16.), womit auch mehrere Particulairgesetze und Wechselordnungen übereinstimmen. Pr. GO. Th. 1. tit. 48. §. 32. Würtemb. WO. Kap. 2. §. 7. Augsburg. WO. Kap. 10. §. 8. Hamburg. Fallitenordn. Art. 41. n. 2. Art. 51. n. 3.

§. 391. (M. §. 235. n. 8.)

Den Wechselforderungen steht an sich ein Vorzugsrecht im Concurs zu.

Was die eigenen Wechsel betrifft, so haben sie das Vorrecht, welches der Forderung zusteht, die dem Wechsel zum Grunde liegt; ist diese nicht privilegirt, so haben die Wechsel doch ein Vorrecht vor den chirographarischen Forderungen.

Den trassirten Wechseln kommt ein solches Vorrecht zu:

1) indem der Wechsel eine größere Sicherheit als eine andere Schuldverschreibung bewirkt, da sogleich bei der Nichtbezahlung auf die Execution oder auf Personalarrest geklagt werden kann.

2) Der Gläubiger giebt das Darlehn auf Wechsel, um eine größere Sicherheit zu erhalten, und weniger der Gefahr des Verlustes ausgesetzt zu seyn; er würde sonach getäuscht werden, wenn im Falle des Concurses seine Forderung mit den übrigen chirographarischen Forderungen ganz gleich gestellt würde.

3) Der Kredit bei Kaufleuten macht eine solche Begünstigung nothwendig.

4) Der Wechselgläubiger steht in einem ganz andern Verhältniß mit dem Schuldner beim Ausbruch des Concurses als die übrigen; er ist berechtigt, gegen den Schuldner mit Wechselstrenge zu verfahren, braucht sich nicht in Concurs einzulassen, wozu die übrigen verpflichtet sind, wenn sie ihre Forderungen nicht verlieren wollen.

5) Den ingrossirten Hypotheken können sie darum nicht gleich geachtet werden, weil zur Erlangung des Hypothekenrechts die Eintragung nothwendig, und wenn diese nicht erfolgt ist, keine Hypothek vorhanden ist. Daher auch die neuen Prioritätsordnungen die Wechselforderungen den Hypotheken nachsetzen, als die würtemb. Prioritätsordn. v. 15ten April 1825. §. 13. Bay. Prioritätsordn. v. 1sten Mai 1822 §. 23. n. 7.

Hiermit stimmen überein: Ludovici, (Wechselprozeß Kap. 16.) Bästineller, (de iure creditor. lit. cam-

bial. cum vel sine clausula hypoth. in concursu in Beseke, Th. iur. cam. p. 816.) Martens, (Handelsrecht §. 128.) Rivinus, (de praerogativa creditorum cambialium prae chirographariis in Beseke, Th. iur. p. 816.) Witt, (a. a. O.) Veillodter, (allg. Handelsrecht §. 293. S. 310.) Bender, (Wechselrecht Abth. 2. S. 486.)

Andere sprechen den Wechselgläubigern ein solches Vorrecht ab: v. Cramer, (Tom. IV. obs. 1203.) Leyser, (Med. sp. 33. med. 12.) Danz, (Grundsätze des summarischen Prozesses §. 42.) Westphal, (deutsch. PR. Th. 2. S. 377.) Scherer, (Wechselrechtsprozeß §. 12.) Eichhorn, (Einl. z. deutsch. PR. §. 148.) u. Mittermaier, (a. a. O.) Noch Andere sind der Meinung, daß, wenn den Wechselforderungen ein solches Vorrecht nicht gestattet werden könne, man doch den Nachtheil beachten müsse, der dem Hypothekeninstitut dadurch zugehen würde. Zimmern, (über die Vorrechte des Wechsels im Concurse. Wien 1804.)

§. 392. (M. §. 253.)

Dem durch die Mehrheit der Gläubiger abgeschlossenen Accord können die Wechselgläubiger beizutreten nicht gezwungen werden.

Es ist ein anerkannt gültiger Grundsatz, daß die gleich privilegirten Gläubiger dem durch die Mehrheit eingegangenen Accord beizutreten verbunden sind. (Nach der Analogie d. L. 8. D. de pactis. Stryck, usus modernus Lib. II. tit. 14. §. 11.) Wechselforderungen gehören aber zu den Bevorzugten, haben ein Vorrecht im Concurs vor den chirographarischen, auch hängt es von dem Wechselgläubiger ab, sich in den Concurs einzulassen. Nur in dem Falle, wenn die Mehrheit der Wechselgläubiger den Accord angenommen hat, ist der mindere Theil verbunden, demselben beizutreten. Hiermit stimmen überein: Frank, (Inst. iur. cambial. Lib. II. Sect. 5. T. II. §. 1.) Gmelin, (Concurs der Gläubiger §. 24.) Beck, (Wechselrecht Kap. 15. §. 12.) Scherer, (Wechselprozeß. §. 21.)

Andere nehmen dann das Gegentheil an, wenn den Wechselforderungen kein Vorzugsrecht nach den Gesetzen eingeräumt ist: als Danz (Handbuch d. deutsch. PR. §. 250.) Eichhorn, (Einl. §. 148.) Noch Andere behaupten, daß die Wechselgläubiger nicht verbunden sind, dem Accord beizutreten, wenn die Wechselforderungen die Vorrechte der hypothekarischen Forderungen haben, als: Bender, (Wechselrecht 2te Abth. S. 484.)

§. 393. (M. §. 254. n. 5.)

Der Erbe des Wechselschuldners ist der Regel nach nicht wechselmäßig verbunden.

1) Durch den Tod des Wechselschuldners wird die aus dem Wechsel entstandene strenge Verbindlichkeit aufgehoben, indem sie persönlich ist. Dagegen geht die Verbindlichkeit zur Zahlung der Wechselsumme auf die Erben über, ja bei trassirten Wechseln kann sogar der Wechselgläubiger, wenn der Trassat den Wechsel acceptirte und darauf gestorben ist, Execution in den Nachlaß, oder wenn mehrere Gläubiger vorhanden sind, gerichtliche Beschlagnehmung des Nachlasses erfolgen, und braucht die Erklärung des Erben: ob er die Erbschaft antreten will, nicht abgewartet werden.

2) Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde in vielen Fällen derjenige, welcher nicht wechselfähig ist, wechselmäßig zur Zahlung angehalten werden können, wenn nämlich der Wechselschuldner ein Kaufmann, der Erbe desselben aber ein Nichtkaufmann wäre, und überhaupt ein solcher, dem keine Wechselfähigkeit nach der Wechselordnung zukommt.

3) Selbst in dem Falle, wenn der Erbe ohne beneficium inventarii die Erbschaft angetreten hat, ist das Gegentheil nicht anzunehmen; denn durch diese Unterlassung entsteht zwar der Nachtheil, daß er auch, wenn die Kräfte der Erbschaftsmasse unzureichend sind, bezahlen muß, nicht aber die Verpflichtung nunmehro wechselmäßig zu bezahlen, oder die zum Personalarrest.

Hiermit stimmen überein: Böhmer, (F. II. P. I. Resp. 181. n. 5.) Frank, (Inst. iur. camb. Sect. III. tit.

VI. §. 4. Sect. VII. tit. XXI. §. 5.) Carpzov, (P. II. const. XII. Def. XX. const. XXI. Def. X.) Orth, (merkw. Rechtsf. 3. 1157. 1159.) Baumann, (de obligat. hered. ex camb. def. deb. Traj. ad Rh. 1752. in Oelrichs, Th. nov. Diss. belg. Vol. 1. tit. 2. p. 737. und im Anh. des Th. iur. camb. Beseke, T. 1. p. 922.) Merkel, (Commentar über das pr. Landrecht. Th. 2. S. 444.) Grävell, (Comment. z. dem pr. Kreditgesetze II. Kap. 1. S. 348.) Bender, (WR. Abth. 2. S. 271.) Mittermaier, (a. a. O.) Altenb. WO. Kap. 1. §. 9. Auch z. Erl. sächs. Prozeßordn. §. 12. Das pr. Rescript von 3ten Oct. 1791. Paalzow, (Handbuch z. pr. Landrecht 11. S. 394.) spricht den minorennen Erben eines Wechselschuldners von der Verbindlichkeit der wechselmäßigen Haftung frei.

Andere nehmen an, daß auch die Erben zur Zahlung nach Wechselrecht verbunden sind als: Püttmann, (WR. § 62.) Treitschke, (WR. §. 140.) Siewert, (Materialien z. v. Erk. d. pr. LR. 4. S. 148.) Bielitz, (Comment. z. pr. LR. Th. 6. S. 447.) s. a. Leipziger WO. §. 4. Dantziger WO. Art. 5. Breslauer WO. Art. 32. Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 896. Noch Andere unterscheiden: ob der Erblasser den Wechsel acceptirt und nach den Landesgesetzen dem Erben das beneficium deliberandi und inventarii zustehe oder nicht; in jenem Falle könne der Erbe nicht nach Wechselrecht behandelt werden, in diesem Falle aber, wenn er die Erbschaft angetreten, sey er auch wechselmäßig zur Zahlung verbunden. Scherer, (Handbuch des WR. Th. 1. S. 644.)

Obige richtige Meinung leidet dann eine Ausnahme, wenn der wechselfähige Erbe entweder den Wechsel freiwillig im Namen des Erblassers acceptirt, oder im Auftrag des Erblassers, oder ohne Vorbehalt die Erbschaft antritt. Bender, (WR. 2te Abth. S. 271.)

§. 394. (M. §. 254. n. 4.)

Die Wechselverjährung wird durch Anstellung der Wechselklage unterbrochen und es ist die Insinuation an den Beklagten nicht nothwendig.

Einige behaupten, daß nur dann die Wechselverjährung durch Anstellung der Klage unterbrochen wird, wenn sie dem Beklagten mitgetheilt worden: Barth, (hod. for. IV. 25.) Küstner, (Diss. de menstrua et annali praes. lit. cambial. §. 32. in Beseke, Thes. iur. camb. n. 39.) Scherer, (Handbuch des Wechselrechts Th. 3. S. 147.) Gottschalk, (Discept. for. Th. 3. c. 30. p. 349.) Haubold, (sächs. PR. §. 434.) Andere als: Püttmann, (Wechselrecht §. 150.) nehmen an: daß wenn der Schuldner gegenwärtig ist, die Vorladung nothwendig und die Anstellung der Klage nicht hinreichend sey zu der Unterbrechung, wenn er aber nicht gegenwärtig sey, so sey es hinreichend, wenn bei dem Handelsgericht mit Production des Original-Wechsels geklagt, und solches im Protocoll oder auf dem Wechsel angemerkt werde. Noch Andere behaupten, daß die Anstellung der Klage allein hinreichend sey, als: Ludovici, (Einl. z. Wechselprozeß Kap. 11. §. 14.) Vangerow, (Entw. des Wechselrechts §. 104.), welcher Meinung auch die preußische Gesetzcommission in der Entscheidung v. 28sten Oct. 1800 in Gemäßheit des Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 908. — 910. beigetreten ist. Neues Archiv der pr. Gesetzgeb. B. 1. S. 428.)

§. 395. (M. §. 254. n. 5.)

Durch den Protest wird die Wechselverjährung nicht unterbrochen.

Durch die Protestation werden zwar überhaupt die Rechte erhalten, (L. 20. D. de acquir. hered. L. 8. §. 6. D. de oper. noc. numm.) allein blos darum, weil sie gegen den erfolgen, welcher zum Nachtheil dieser Rechte etwas vorzunehmen im Stande ist. Der Protest geschieht darum, um sich des Regresses wider die Indossanten und

Trassanten zu versichern und dieselben zu überzeugen, daß er, der Wechselinhaber und Präsentant seiner Pflicht Genüge gethan habe. Wegen der Zahlungsschuldigkeit des Acceptanten und des Ausstellers bei dem eigenen Wechsel ist in der Regel keine Protestation nothwendig, sie ist eine überflüssige Sache und kann der Verjährung nicht entgegen stehen.

Hiermit stimmen überein: Ludovici, (Wechselprozeß Kap. 11. §. 16.) Küstner, (Diss. de menstrua et annali praes. §. 49.) Estor, (Unterricht von Urtheilen §. 1156.) Gmelin, (gemeinnützige Beobachtungen B. 3. §. 139.) Püttmann, (WR. §. 150. nota.) Scherer, (Handbuch des WR. Th. 3. S. 150.) Haubold, (Sächs. PR. §. 434.) Das Gegentheil behaupten: L'estoq, (Erl. d. WR. S. 93. §. 21.) Schulin, (über den 34sten Art. der Frankf. WO. S. 51.) Bender, (a. a. O. Abth. 2. S. 296.) er sagt: die gesetzliche Protesterhebung hemmt ohne Anstand die Verjährung, aber nicht allgemein, wie man glaubt, sondern nur gegen den Schuldner, gegen welchen protestirt wird, denn das Protestiren ist allemal ein einseitiger Act. s. a. Mittermaier, (a. a. O.)

§. 396. (Vergl. M. §. 27.)

Die Wechselverjährung ist nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo die Klage erhoben ist.

Da die Wechselgesetze sehr verschiedene Bestimmungen in Rücksicht der Verjährungszeiten enthalten, so ist die Frage wichtig: nach welchen Gesetzen die Verjährung zu beurtheilen sey: ob nach den Gesetzen des Orts, wo der Wechselbrief ausgegeben, oder wo er zahlbar, oder wo er ausgeklagt worden? Einige als Hillig, (Diss. de vi et usu legis XXXII. St. camb. Lips. sect. 1. §. 6.) sind der Meinung, daß die Gesetze des Orts Anwendung finden, welche da gelten, wo der Wechsel ausgestellt ist. Es wird theils der allgemeine Grundsatz: daß bei Eingehung eines Geschäfts die Gesetze zu beachten sind, welche an dem Ort

der Abschließung gelten, als Grund angegeben, theils sich auf die L. 40. D. de reg. iur. und L. 6. de evict. berufen. Allein diese Meinung ist ungegründet: denn wenn gleich jener Grundsatz im Allgemeinen anwendbar ist, und vorzüglich in Rücksicht der Erwerbung der Rechte zur Anwendung kommt, so kann er doch nicht da gebraucht werden, wo von der Verfolgung der Rechte die Rede ist, die aus dem Geschäft entspringen. Was die Gesetze betrifft, so passen sie nicht auf den vorliegenden Fall.

Andere als: Mößler, (Handbuch des WR. Kap. 23. §. 9.) Riccius, (Exercit. XV. 4.) Frank, (mantissa de conflictu iur. cambial. tit. 3. §. 9.) Ludovici, (Einl. z. WP. Kap. 11. §. 23.) Püttmann, (WR. §. 156.) Günther, (de actionum ex negotio cambiali oriundarum natura ex praescriptione. Lipz. 1810. §. 17.) sind der Meinung, daß auf die Gesetze des Wohnorts des Schuldners Rücksicht zu nehmen sey und daß, wenn er seinen Wohnort geändert habe, es darauf ankomme: ob bei der Veränderung die Verjährung abgelaufen sey, oder nicht; in jenem Falle wäre auf die Gesetze des vorigen Wohnorts Rücksicht zu nehmen, in diesem auf die Gesetze des jetzigen. (s. Püttmann, Quaest. illust. ex iure camb. decas dem dritten Buch seiner Adversarien angehängt Kap. 10.) Allein auch diese Meinung ist vorzüglich darum zu verwerfen, weil eine höchst nachtheilige Verlängerung des Prozesses dadurch veranlaßt werden könnte, und dem Richter zugemuthet würde, sich nach fremden Gesetzen zu richten.

Nach der richtigen Meinung, welche Hommel, (Observ. 409. n. 16.) Scherer, (Handbuch d. WR. Th. 3. S. 166.) vertheidigen, ist darum auf die Gesetze des Orts zu sehen, wo der Prozeß anhängig ist, weil die Frage von der Zulässig- oder Unzulässigkeit dieser oder jener Einrede öfters mit zur Form des gerichtlichen Prozesses gehört, die der Richter genau zu beobachten hat, die Einrede der Verjährung des Wechselcontracts und der Beurtheilung des Wechselbriefes an sich dazu nichts beiträgt, noch sie dazu gehörig ist: sonach muß die Einrede der Wechselverjährung

nach den Gesetzen des Gerichts beurtheilt werden, wo die Wechselklage klagbar gemacht worden: wenn daher der Wechselinhaber in einem Lande den Wechsel ausklagt, wo das Wechselrecht verjährt ist, so hat er es sich selbst beizumessen, daß er daselbst Klage erhoben hat.

§. 397. (M. §. 256.)

Die Wechselclausel, welche einem Vertrag hinzugefügt ist, kann Wechselrecht begründen.

Ob die Wechselclausel überhaupt Wechselrecht gebe, oder die Wechselstrenge aus derselben entspringe, ist streitig.

Einige, welche diese Frage gerade zu bejahen, als: Rivinus, (de clausula camb. Lpz. 1725.) Riccius, (Exercitat. iur. camb. C. XI. §. 1.) Püttmann, (WR. §. 59.) Neubert, (de clausula camb. Lpz. 1821.) Mittermaier, (a. a. O.) Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 430.) Kind, (Quaestiones foren. T. IV. C. XV.) Peschkau, (Diss. de variis modis, quibus locatio conductio finitur. Lpz. 1822. P. 2. Sect. 1. §. 6.) halten die Documente, denen die Wechselclausel hinzugefügt ist, ganz den Wechseln gleich, so daß die Einrede des vom Gegentheil nicht erfüllten Vertrags (exceptio non adimpleti contractus) dem Schuldner ganz entzogen werde. Andere verneinen diese Frage, als: Bender, (Gr. d. WR. 1. Abth. S. 164.) weil ein Instrument, in welchem das Wort Wechsel nicht enthalten, nicht als ein Wechsel zu betrachten sey, sonach könne auch ein solches Instrument, dem die Wechselclausel hinzugefügt worden, nicht als Wechsel angesehen und sonach auch kein wechselmäßiges Verfahren begründet werden; s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 1182. Altenburg WO. Kap. 1. §. 4. Bremer WO. Art. 61. Noch Andere unterscheiden zwischen einem einseitigen und wechselseitigen Vertrag: wenn bei jenem alle Requisite eines instrumenti guarentiati vorhanden, überdieß der Aussteller wechselfähig ist, so solle ein solches Instrument ganz dem Wechsel gleich seyn. Wenn aber ein wechselseitiger Vertrag vorhanden, so könne der

Wechselprozeß, da eine gänzliche Abweichung von den üblichen Wechselgeschäften unterstellt worden, nicht eher statt haben, als bis der Kläger erwiesen hätte, daß von seiner Seite der Vertrag erfüllt sey. Pütter, (elem. iuris privat. germ. §. 678.) Claproth, (Jurispr. hermeneut. §. 226.) Böhmer, (Exercitationes T. III. exerc. II. §. 11. Scherer, (Handbuch des WR. Th. 1. S. 635) Einige Andere, als: Franke, (Inst. iur. camb. II. Sect. VII. tit. 21. §. 7.) sind der Meinung, daß durch die Wechselclausel das Wesen der Schuldverschreibung nicht verändert werde, jedoch könne aus einem solchen die Wechselexecution statt finden.

Nach der richtigern Meinung sind folgende Fälle zu unterscheiden: ist die Wechselclausel einem einseitigen Vertrag hinzugefügt, so kann dann aus einer solchen Schuldverschreibung wechselmäßig geklagt werden, wenn nach den Landesgesetzen oder Wechselordnungen nicht ausdrücklich erfordert wird, daß das Document, welches ein Wechsel seyn soll, den Namen Wechsel enthalte. Ist sie einem wechselseitigen Vertrag hinzugefügt, z. B. Mieths- oder Pachtvertrag und hat sich der Contrahent wechselmäßig zur Leistung einer Handlung verpflichtet, z. B. zur Räumung der Miethe, so ist diese Clausel ohne Wirkung: ist aber auf den Fall der Nichterfüllung eine Conventionalstrafe gesetzt und hat sich der Contrahent zur Bezahlung dieser nach Wechselrecht verbunden, so kann er auch wechselmäßig dazu angehalten werden, eben so, wenn er sich zur Prästation gewisser Leistungen verpflichtete.

Anhang. Wegen der Auslegung des im Preuß. Landrechte enthaltenen Wechselgesetzes kommen in (Siewert) Materialien zur wissenschaftlichen Erklärung der neuesten allg. pr. Landrechte, in dem Abschnitt Disputatio fori interessante Bemerkungen vor, welche hier nach den §§ d. Mittermaier folgen:

z. §. 207. s. Mat. B. 1. S. 195 über die Erklärung des Pr. LR. 2. 8. §. 915. u. 715.

z. §. 232.[a] Mat. B. 1. S. 200. z. Pr. LR. Th. 2. 8. §. 772 bis 775. und S. 203. z. P. R. Th. 2. tit. 8. §. 781.

z. §. 236. IV. Mat. B. 8. S. 197. z. Pr. LR. Th. 2. 8. §. 726. 769.

z. §. 245. Mat. B. 1. S. 182. z. Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 1047 bis 1049.

z. §. 248. Mat. B. 2. S. 177. z. Pr. LR. Th. 2. tit. 8. §. 1027. 1028.

z. §. 252. Mat. B. 2. S. 171. z. PGO. Th. 1. tit. 27. §. 46. und tit. 24. §. 142.

Mat. B. 5. S. 217. z. PGO. Th. 1. tit 48. §. 2.

B.

Forderungen aus unerlaubten Handlungen. a)

§. 398.

Schmerzengeld können auch Andere als Personen niedern Standes fordern.

In der P. G. O. Karls V. Art. 20. heißt es: „Item womit zuvor redlich anzeygen der mißthat danach man fragen wolt vorhanden, und bewaißt wurde, soll niemandes gefragt werden und ob auch gleich wohl, auf der marter die mißthat bekannt wird, so soll doch der nit geglaubt noch jemals darauf verurtheilt werden. Wo auch eyniche oberlegt oder richter in solchen überfüren, sollen die dem so also wider recht, on beweisen anzeygung gemartet wer, seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden, der Gebüre ergeßung zu thun schuldig seyn."

a) Hierher gehören die Forderungen von Bußen, insbesondere Schmerzengeld, Forderungen aus Ehrenverletzungen entspringend, (von welchen im peinlichen Recht zu handeln ist). Forderungen wegen Beschädigungen, insbesondere Wildschäden davon im §. 433. Von dem Nachdruck in VII. 2te Unterabtheilung. Von den Forderungen aus unehelichen Beischlaf, Verbindlichkeiten zur Dotation, zur Ernährung der außerehelichen Kinder.

Schmerzengeld kann also nach der P G O. dann gefordert werden, wenn Jemand unrechtmäßiger Weise oh-

ne gehörige Anzeige gefoltert worden, und sonach nach allgemeinen Grundsätzen alsdann, wenn er aus Vorsatz oder Unvorsichtigkeit von einem Andern körperlich verlezt worden ist.

In dem Gesetz wird nicht unterschieden, ob der Verlezte vornehmen oder geringen Standes ist, es ist auch kein Grund dieses Unterschieds einzusehen, es könnte ein solcher als beleidigend für die edlern Menschen unter den niedern Ständen betrachtet werden; s. Egger, (Bemerkungen zur Verbesserung d. d. Gesetzgebung Th. 2. S. 61.)

Mehrere, s. Quistorp, (Grundsätze des peinl. Rechts. Th. 1. §. 337.) sind der Meinung, daß gemeine Leute solches fordern können; bei Leuten vornehmern Standes könne anstatt desselben auf eine geschärfte Strafe erkannt werden. Genßler, (th. pract. Bemerk. über den Grund des Objects und die Grenze der bei den Injurien vorkommenden ästimat. Klage der Schmerzenforderung und der Klage a. dem aquilist. Gesetz. s. Archiv d. civil. Praxis B. 1. not. XI.) ist der Meinung, daß die Forderung auf keinen gewissen Stand beschränkt sey, daß aber der Mann von höherem Ehrgefühl Bedenken tragen wird, seine Schmerzen sich bezahlen zu lassen. s. a. Pr. LR. Th. 1. tit. VI. §. 112.

Andere sind der Meinung, daß überhaupt kein Schmerzengeld gefordert werden könne, indem es seinem Ursprunge nach in der vormaligen, nun nicht weiter üblichen Gliedertaxe, und den ehemaligen Privatfehden zu finden sey, auch die Vorschriften der sächsischen Rechte, worin das Schmerzengeld gegründet gewesen, keine allgemeine Verbindlichkeit haben, und durch Einführung des inquisitorischen Prozesses alle Anwendung desselben von selbst weggefallen wäre. Bocer, (class. 4. Disp. 2. Th. 36. tit. 6.) Besold, (Thes. pract. sub v. Abtrag.) Menzel, (Diss. an et quatenus iur. rom. competat praerogativa prae vetr. iur. germ. c. 3.) Friedrich, (Diss. de vulnerat. satisfact. e germanor. legibus caute derivand. Altorf. 1781.) Noch Andere behaupten, daß solches gefordert werden könne. Stryck, (Usus mod. P. Tit. ad L. Aquilion.

§. 10.) Müller, (Diss. de pecunia doloris Jen. 1680.) Voet, (ad Pandect. Lib. 9. tit. XI. §. II.) Böhmer, (ad Carpzov. 9. 99. obs. 1.) Koch, (Inst. iur. criminal. §. 426.) Quistorp, (Beitr. n. XXII. S. 362.) v. Glück, (Pandectenk. Th. 10. S. 394.) Schmidt, (th. pract. Comment. üb. seines Vaters Lehrbuch von gericht. Klagen B. 5. §. 1303 u. 1304. not. 3. S. 188.)

Einige sind der Meinung, daß solches bei blos culposen Verletzungen wegfalle, als: Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 302. not b.) s. dagegen Quistorp, (peinl. Recht. S. 698.) Nach dem sächs. Mandat wider die Selbstrache, Injurien und Duelle v. 2. Jul. 1712. §. 24. ist solches zweifelhaft; s. Schuberth, (de emenda saxonica injuste incarcerato praestanda. Lips. 1714.) Kind, (Quaest. for. T. II. c. 51.)

Die richtige Meinung geht dahin, daß, weil das Schmerzengeld nach dem römischen Recht (L. 3. D. si quadr. paup. L. ult. D. de his qui effud.) nicht gefordert werden kann, wie Pufendorf (Tom. IV. obs. 51.) und Hymmen (Beitr. zur jurist. Literat. B. 7. S. 86.) annehmen, es nur da statt hat, wo die peinliche Gerichtsordnung annoch gilt, und keine entgegenstehende particulaire Verordnung vorhanden: sonst aber wegfallen muß, da eigentlich für persönliche Schmerzen kein Geldersatz statt haben kann.

Bestritten sind noch folgende Fragen:

1) Ob der Urheber des Streits, der durch seine Schimpfreden Veranlassung gab, daß es zu Thätlichkeiten kam, und er hier verwundet wurde, Schmerzengeld zu fordern berechtigt sey? Verneinend beantworten, wohl ganz richtig, diese Frage: Hommel, (Rhapsodia quaest. obs. 383. p. 505.) Leyser, (Spec. 543. n. 6.) Quistorp, (a. a. O.) Berger, (in Elect. crim. suppl. P. 1. obs. 25.) ist sogar der Meinung, daß er die Kurkosten nicht fordern könne, welches aber Hommel (a. a. O) widerlegt hat.

2) Ob die Erben des Verwundeten das Schmerzengeld fordern können, ob die Erben desjenigen, welcher die Verwundung veran-

läß-

faßte, zur Bezahlung desselben verbunden sind? Bejahend beantwortet von Dankwarth, (über Schmerzengeld. Rostock 1788.); verneinend von Quistorp, (a. a. O. S. 701.)

§. 399.

Das Kind, welches in der Zwischenzeit vom siebenten bis zu Anfang des elften Monats nach dem Beischlaf geboren, muß der Stuperator der Regel nach als das seinige anerkennen.

Für die Legitimität der in der Ehe erzeugten Kinder enthalten die römischen Gesetze folgende Bestimmungen. In der L. 12. D. de statu hominum heißt es: „Septimo mense nasci perfectum *) partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse," dann heißt es: in der L. 3. §. 12. D. de suis et leg. hered. „De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et divus Pius Pontifex rescripsit, iusto tempore videri natum."

*) Dieß ist keine reife, sondern lebensfähige Frucht.

Hierbei kommen aber zwei wichtige Fragen zur Entscheidung. Nämlich:

1) ob der Satz des römischen Rechts, daß ein im siebenten, wenn gleich noch nicht ganz abgelaufenen Monate, aus rechtmäßiger Ehe gebornes Kind für lebensfähig und also zur Begründung rechtlicher Verhältnisse pro partu iusto tempore natu zu halten sey, nur ausnahmsweise für einzelne Fälle gegolten habe, oder ein allgemeiner Rechtssatz gewesen sey?

Wenn zwar nicht zu bezweifeln ist, daß sowohl Paulus als Ulpian besondere Fälle vor Augen hatten, so beweist doch die Berufung auf den berühmten Arzt Hippocrates, daß der Satz als eine allgemeine Regel angesehen wurde. Auch kann aus dem, was Paulus sagt: credendum est, und Ulpian: videri natum, nicht gefolgert werden, daß diese Ausdrücke der Sanction eines allgemeinen Satzes widersprechen; denn wer die Art der römi-

schen Rechtsgelehrten kennt, wie sie etwas affirmiren, den kann unmöglich der Redegebrauch befremden.

2) ob dieser, im römischen Recht auf das Ansehen des Hippocrates gegründete, Zeitpunct der Rechtmäßigkeit einer Frühgeburt auch noch heut zu Tage genüge, um die Vermuthung der Paternität eines in rechtmäßiger Ehe gebornen Kindes zu begründen?

Wenn gleich die Meinungen der Aerzte wegen des Zeitpunctes der Lebensfähigkeit eines Kindes sehr getheilt sind, *) so kann der Jurist um so weniger darauf Rücksicht nehmen, weil die Bestimmung der Gesetze deutlich und so lange zu befolgen ist, bis nicht eine entgegengesetzte Meinung in den Particulärgesetzen angenommen wird.

*) Einige als: Alberti, Teichmeier, Hebenstreit, Loder nehmen die Lebensfähigkeit bei jedem nach Ablauf des sechsten Sonnenmonats an: oder nach 180 — 182 Tagen, Andere dagegen, als Harder und Bohn im achten Monat, noch Andere als: Haller, Metzger, Hennecke u. a. sind der Meinung, daß jede, vor Ablauf des 7ten Monats nach der Empfängniß (oder vom Anfang der 41sten Woche, vor dem 210ten Tag) geborne Frucht, wenn sie auch lebend zur Welt kommt, für nicht lebensfähig zu halten sey.

Wenn daher eine Frau nach dem 182sten Tag vom Tage der Hochzeit an gerechnet, gebiert, so ist dieses Kind als ein rechtmäßiges anzusehen, wenn es nämlich die Zeichen der Unreife an sich trägt; denn würde es die Zeichen der völligen Reife an sich tragen, so würde es weder aus rechtlichen noch wissenschaftlichen Gründen als ein siebenmonatliches Kind zu betrachten seyn.

Was den Terminus ad quem betrifft, so heißt es in L. 3. D. de suis et leg. hered. „Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem."

Da nun aber die Erfahrung lehrt, daß ein Kind auch längere Zeit getragen seyn kann und auch hier die Meinungen der Aerzte *) getheilt sind, so ist zwar der gesetzliche Zeitraum zu beobachten, doch aber in zweifelhaften Fällen das Gutachten der Sachverständigen einzuholen.

*) Die Meisten sind der Meinung, daß die Spätgeburten bedingt, und bis zu einem bestimmten Zeitpunct für in foro gültig zu erklären sind. Hennecke, Abh. von Früh- und Spätgeburten in s. Abh. aus dem Gebiete der gerichtl. Medicin. B. 3. S. 306 — 342.

Hiermit stimmen im Allgemeinen überein: Behrmann, (Comm. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. Goett. 1784.) Becker, (Commentatio de partu septimestri eoque spurio non legitimo. Lpz. 1805.) v. Glück, (Pandecten-Comm. Th. 28. §. 1287.)

Nach dem Pr. LR. Th. 2. tit. 11. §. 1. 4. ist der terminus a quo der 210te Tag nach der ehelichen Beiwohnung, der terminus ad quem der 302te Tag nach dem Tode des Mannes.

Das Oesterreichische Gesetzbuch nimmt im Theil 1. §. 108. als den terminus a quo den 7ten Monat an, und Zeiller, (Comment. z. Gesetzb. B. 1. S. 316.) bemerkt, daß dieses vom Anfang des 7ten Monats zu verstehen sey. Der terminus ad quem ist auf den 10ten Monat bestimmt.

Nun entsteht aber die wichtige Frage: ob die für Früh- und Spätgeburten bei den ehelich gebornen Kindern gesetzlich bestimmten Termine, innerhalb welcher die Rechtmäßigkeit derselben vermuthet wird, auch auf die außer der Ehe erzeugten Kinder in dem Maße anzuwenden sind, daß derjenige, der mit der Mutter vor deren Niederkunft den Beischlaf vollzogen zu haben einräumt, oder überwiesen wird, für den Vater des Kindes nach rechtlicher Vermuthung zu halten sey.

An einer gesetzlichen Bestimmung ermangelt es ganz, denn bei den Römern konnte daran nicht gedacht werden, indem der Begriff von Paternität nur allein auf die rechtmäßige Abstammung bezogen wurde, (L. 6. D. de his, qui sui vel. al. i. sunt; L. 5. D. de in ius voc.) und der Grundsatz galt: daß uneheliche Kinder im rechtlichen Sinne gar keinen Vater hätten, (L. 23. D. de st. hon. §. 47. de succ. cognat.) Daher sind denn auch Mehrere, als: v. Selchow, (Rechtsfälle B. 4. Decis. XI. S. 48.) Lindner, (Diss. de obligatione alendi liberos illegitimos §. 20.) v. Bülow, (Abh. über einzelne Materien des bürgerl. Rechts Th. 2. Heft 1. n. 31.) Behrmann,

(a. a. O. §. 59) Becker, (a. a. O. §. 21. u. 22) der Meinung, daß eine solche Anwendung unzulässig sey, weil

1) bei jenen für die Vermuthung der Rechtmäßigkeit ehelich geborner Kinder festgesetzten Normalterminen vorzüglich auf den favor partus et matrimonii Rücksicht genommen worden: bei den unehelichen Kindern falle aber dieser Grund weg.

2) Uneheliche folgten der Mutter und hätten an den Familienrechten des Vaters keinen Antheil (L. 19. D. de statu hom.), daher lasse sich auch von den ehelichen auf die unehelichen Kinder kein Schluß machen.

3) Die Bestimmungen der Gesetze über jene Rechtsbestimmungen seyen blos zum Besten der Kinder gemacht, wie sich ganz deutlich aus der Verordnung Justinians (L. II. D. de natu lib. No. LXXXIX. c. 8. §. 1.) ergebe, denn es heißt hier: et hoc facimus favore liberorum, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum. Diese Verordnung bezieht sich blos auf Fälle, wo Kinder ihre Legitimität gegen den Vater oder einen Dritten geltend machen oder vertheidigen wollen; alle Beispiele, welche das röm. Gesetzbuch von der Anwendung jener Rechtsvermuthung aufstellt, seyen von dem Filiationsstreite eines Kindes mit seinem präsumtiven Vater hergenommen, an einen Rechtsstreit, worin ein außer der Ehe erzeugtes Kind den Stuperator seiner Mutter, als seinen Vater wegen der Alimente in Anspruch nehme, sey da, wo von jenen Rechtsvermuthungen die Rede sey, nicht gedacht. Aus bessern Gründen behaupten aber Andere, als Schmidt, (th. pract. Comm. über s. Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen B. 2. §. 398. S. 168.) Meister, (pract. Bemerkungen B. 1. n. 16.) v. Bülow u. Hagemann, (Erörterungen B. 4 n. 68.) Schwebbe, (römisches Privatrecht §. 728.) Weber, (Erörterungen der Pandecten B. 2. §. 1287.) Hagemann, (pract. Erörtr. B. 6. n. 50.) Zeiller, (Comment. über das östr. Gesetzbuch B. 1. Th 1. Hptst. 3. § 163.) v. Glück, (Pandecten-Comm. Th. 20. §. 1228.[a]) und auch die Aerzte, als: Ploucquet, Metzger, Wende u. a., daß in Hinsicht jener gesetzlich bestimmten Ter-

mine zwischen ehelich und unehelich gebornen Kindern, wenn es auf die nach dem Verhältniß der Zeit zu vermuthende Paternität ankommt, kein Unterschied zu machen sey. Denn

1) besteht der Grund der Gesetze in der von Hippocrates behaupteten Möglichkeit, daß ein lebensfähiges Kind im siebenten Monat nach dem Empfängniß, ja sogar im Anfang desselben geboren werden kann. Hippocrates hat überhaupt, ohne Rücksicht auf eheliche und uneheche Geburt angenommen, daß zur Perfection eines Kindes nicht durchaus neun Monate nothwendig sind, sondern daß ein lebensfähiges Kind auch schon früher geboren werden könne. Die Juristen nahmen diesen Satz auf, gebrauchten ihn bei Entscheidungen über eheliche Geburten, wodurch sie aber die Fälle nicht ausschlossen, wenn von der Paternität außer der Ehe die Rede seyn sollte. Die gesetzlichen Bestimmungen gründen sich daher auf dasjenige, was der Natur nach sich annehmen läßt.

2) Neuere Aerzte als: Ludwig, Haller u. a. haben die Möglichkeit einer lebensfähigen Geburt in dem siebenten Monat dargethan.

3) Der Grund der Abweichung von dem gewöhnlichen Laufe der Natur beruht darin, weil besondere Ursachen eine Geburt theils beschleunigen, theils verzögern können. Diese Ursachen können bei einer geschwächten Person weit eher, als bei einer Ehefrau eintreten: heftige Gemüthsbewegungen, Reue, Scham, Kummer können ja leicht veranlassen, daß die Natur von der gewöhnlichen Zeit abweicht.

4) Bei Auslegung der Gesetze ist nach der Billigkeit und Natur der Sache nicht blos auf die Begünstigung der ehelichen Geburt, sondern überhaupt auf favorem partus Rücksicht zu nehmen, und zwar um so mehr, weil dieser in den Gesetzen überhaupt hervorgehoben wird.

5) Stimmt auch hiermit die Praxis überein, wie sich aus den Schriften von Berger, (oecon. iur. Lib. 1. tit. 2. n. 3. ed. Haubold, n. h. Th. 1. p. 42.) Hommel, (Rhaps. Quaest. for. Vol. V. obs. 604.) Leyser,

(meditat. ad P. Vol. I. Sp. XV. med. 2. Beck, (Diss. de eo, quod iustum est circa stuprum p. 215 — 225.) Hymmen, (Beiträge zur jurist. Literat. in den preuß. Staaten. B. 3. n. 7. B. 7. n. 12.) ergiebt.

Doch wird hierbei immer vorausgesetzt, daß, wie bei Früh- und Spätgeburten, sie die ihrem Alter eigenthümlichen Merkmale an sich tragen.

In dem östr. Gesetzbuch ist auch diese richtige Meinung angenommen: Th. 1. §. 163. Dagegen hat das Pr. L. R. Th. 2. tit. 1. §. 1089. zwar den terminus a quo mit dem bei ehelichen Geburten gleich gestellt, nämlich den 210ten, den terminus ad quem auf den 285sten bestimmt, da er bei ehelichen Geburten der 302te Tag ist. Th. 2. tit. 11. §. 3.) Man vergleiche noch Mende, (Handbuch der gerichtl. Medicin Th. 2. §. 52. 53.)

§. 400.

Eine Geschwächte, welche schon früher Unzucht getrieben, kann von dem Schwängerer keine Ausstattung fordern.

Wenn es gleich richtig ist, daß eine Wittwe, wenn sie außerehelich beschlafen wird, auf die Dotation Ansprüche zu machen berechtigt ist, so tritt doch in dem Falle, wenn ein lediges Frauenzimmer schon mehrmals stuperirt worden, ein ganz anderes Verhältniß ein, und die Regel: aut duc aut dota, findet keine Anwendung. Bei der ersten Schwängerung konnte diese Regel angewandt werden, hier war sie in der Lage, in welcher sie auf Ehelichung dringen konnte, welche jetzt nicht mehr vorhanden ist.

Nur in dem Falle, wenn ein stuprum violentum vorhanden, findet eine Ausnahme statt.

Hiermit stimmen überein: Böhmer, [b]) (Jus eccl. Prot. Tom. V. Lib. 5. tit. 16. §. 11.) Voet, (Comm. ad Pand. Tit. ad L. Jul. de aduld. coercend. §. 4.) Lauterbach, (coll. th. pract. tit. L. Jul. de ad. coerc. §. 44.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. n. 147.) Leyser, (Med. Sp. 583. n. 24.) Quistorp, (Gr. d. peinl. Rechts. Th. 1. S. 1000.) Schmidt, (L. de except. stuperatam

ad satisfactionem privatam contra stupératorem agentem repellentibus. Alt. 1794. §. 16.) Nach dem Pr. L. R. Th. 2. tit. 1. §. 1941. ist der Schwängerer verbunden, der Geschwächten die erste Art der Entschädigung zu geben, nämlich Niederkunfts-, Taufkosten und sechswöchentliche, ihrem Stande gemäße, Verpflegung. Das Gegentheil nehmen an: Hommel, (Rhapsodia quaestionum ob. 16.) Wernher, (T. 2. P. 2. Obs. 135.) Berger, (oecon. iur Lib. III. tit. II. Th. 4. n. 12.) Püttmann, (Elem. ur. crim. §. 586.)

b) Quae secunda vel tertia vice stupro sese vitiandam praebuit, nullo nec favore digna, nec laesionem aliquam aut iacturam existimationis bonae, quam post primum stuprum iam amiserat, incumbit, qua de causa ordinationis provinciales desiderant eine unberüchtigte Jungfrau oder Wittwe.

§. 401.

Der Ehemann, der eine Weibsperson schwängert, ist zur Ausstattung derselben verbunden, wenn jene seinen Zustand nicht kannte.

Daß der Schwängerer, der verheirathet ist, verbunden sey, der Geschwächten, welche dieses Verhältniß nicht kannte, eine Ausstattung zu geben, ist darumn weil er betrügerisch gehandelt, seinen Zustand der Geschwächten verschwiegen, die vielleicht sich Hoffnung gemacht, daß er sie heirathen werde, unbedenklich. Wenn aber die Geschwächte diesen Zustand des Schwängerers kannte, so verzichtete sie auf die Verheirathung und zugleich auf das Surrogat derselben. Denn wenn gleich der Schwängerer verbunden ist, wegen der von ihm geschehenen Verführung der Weibsperson, der Geschwächten eine Ausstattung zu geben, so besteht solche der Gewohnheit nach doch vorzüglich darin, daß er sie heirathe, damit er sie, wie man spricht, wegen der ihr angethanen Schande, durch die Heirath wiederum zu Ehren bringe; wird ihm nun gleich dem Gerichtsgebrauche nach vergönnt, statt der Ehe, sich mit ihr abzufinden, so geschieht diese Genugthuung nicht des Beischlafs, sondern der verweigerten Ehe willen, weil sie ja selbst in den Beischlaf gewilligt und dieß nur in der Hoffnung geschah, daß

der Schwängerer sie heirathen werde: dieser Grund fällt aber bei der Weibsperson weg, welche sich wissentlich mit einem Ehemann fleischlich vermischte. Dieser Meinung steht auch das 2te Buch Moses 22, V. 16 nicht entgegen; denn wenn es hier heißt: „wenn Jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertraut ist, und beschläft sie, der soll ihr geben ihre Morgengabe, und sie zum Weibe haben," welche auch in C. 1. 10. de adult. et stuper. wiederholt ist: (si seduxerit quis virginem nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddet pecuniam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt) so kann dieß, wie auch aus dem 5ten Buch Moses 22, V. 28 u. 29 ersichtlich ist, nur von einer Jungfrau, so noch nicht verlobt ist, verstanden werden, und sonach blos von einer solchen, welcher zur Zeit des Beischlafs wegen künftiger Verehelichung nichts im Wege stand, wie auch die Rabbiner der Meinung sind: Seldenus, (de uxor. ebr. Lib. 1. c. 16. p. 86.) Der Ehemann, der sich mit einer ledigen Weibsperson fleischlich vermischt, sündigt zwar mehr als sie, dieß hat aber blos Bezug auf seine Strafe, kann aber auf seine Verbindlichkeit, der Weibsperson anstatt der Ehe eine Ausstattung zu geben, unter den Umständen, daß sie von seinem Verhältniß gewußt, um so weniger irgend einen Einfluß haben, weil sie vielmehr eben wegen dieses Verhältnisses sich mit ihm nicht hätte einlassen sollen, indem sie dadurch zugleich seine Ehegattin beleidigt hat.

Hiermit stimmen überein: Richter, (Decis. 88. n. 14.) B. Bardili, (Diss. de satisfact. stuperatae. c. 3. m. 3. n. 25. Tub. 1685.) Beck, (de eo, quod iustum est circa stuprum p. 136. 138.) Schmidt, (öffentl. Rechtssprüche. Abschnitt 26. n. 38. §. 4. 5. S. 164.) Andere dagegen bejahen diese Frage ohne Unterschied, und zwar darum, weil die wahre Ursache, weßhalb überhaupt der Schwängerer die Geschwächte auszustatten verbunden sey, darin bestehe, daß er sie zur Unzucht verführt habe. Lancellot, (Inst. iur. can. Lib. 4. tit. 8. §. 3.) Ziegler, (not. ad Lancellot.) Berger, (oec. iur. Lib. 1. tit. 3.

§. 10. n. 12.) Leyser, (Med. Sp. 583. med. 8.) Böhmer, (obs. 7. ad Carpzov, pract. rer. crim. p. 2. q. 68.) Engau, (P. 1. Dec. 326.) Böhmer, (Princ. iur. can. §. 922.) Pufendorf, (Observat. iur. Tom. I. Obs. XLIV.) Quistorp, (Gr. d. peinl. R.) Th. 1. §. 479. S. 1000.) Schmidt, (Diss. de exceptionibus stuperatam ad satisfactionem privatam contr. stup. agentem repell. Alt. §. 1794. §. 29.) Noch Andere verneinen sie, ohne jenen oben angeführten Unterschied zu beobachten, als: Carpzov, (Pract. rer. crim. part. 2. q. 68. n. 66.) Mevius, (ad vis lubec. Lib. 4. tit. 5. art. 1. n. 9. u. 15.) Pufendorf, (observ. iur. univ. Tom. I. obs. 44.) Bastineller, (Diss. de dote virgini a marito vitiatae non praestanda. Viteb. 1756.) und zwar darum, weil die Verbindlichkeit, einer Geschwächten die Ausstattung zu geben, darauf beruhe, weil der Schwängerer solche zu heirathen keine Lust gehabt; wo nun, wie bei dem Ehemann, die Ehe unmöglich sey, falle auch die Verbindlichkeit sie zu dotiren weg, indem da, wo keine Hauptverbindlichkeit sey, auch keine subsidiarische gedacht werden könne.

§. 402.

Wenn die Geschwächte sich verheirathet, so fällt die Verbindlichkeit des Schwängerers, sie auszustatten, weg.

Durch die Verehelichung macht die Geschwächte dem Schwängerer die Erfüllung, die eine Alternative seiner Verpflichtung, der Ehelichung unmöglich, sie benimmt ihm daher die ihm zustehenden Rechte, die andere Alternative, nämlich die Ausstattung zu erfüllen, ist er nicht verbunden, indem ihm die Wahl genommen wurde. Für die Entjumpferung braucht der Schwängerer nichts zu bezahlen, indem ihm die Gesetze zu dieser Entschädigung nur verbinden, damit die Geschwächte leichter eine eheliche Verbindung einzugehen im Stande sey; wenn nun die Geschwächte eine solche selbst eingeht, so fällt mit der ratio legis die Disposition weg.

Hiermit stimmen überein: Böhmer, (Ius eccl. Prot. tit. de spons. §. 55.) Voet, (ad D. L. 48. tit. 5. §. 4.) Hymmen, (Beiträge B. 2. S. 107.) Quis-

torp, (Gr. des peinl. Rechts. Th. 1 §. 480. S. 1004.) Pr. LR. Th. 2. tit. 1. §. 1092. Ein gleiches (nämlich Wegfallen der Entschädigung) findet statt, wenn sie sich vor angestellter Klage gegen den Schwängerer mit einem Andern wirklich verheirathet.

Siehe dagegen die Entscheidung des K. Pr. Kammergerichts v. 1803 (in Mathis jurist. Monatsschrift. B. 1. S. 439 u. f.)

§. 403.

Ein Soldat ist nur verbunden, in besondern Fällen die Geschwächte zu entschädigen, oder eine Abfindung zu geben.

Mehrere sind zwar der Meinung, als: Gnüge, (Anl. z. Kriegsrecht §. 248.) Bertuch, (von Ehe- und Schwängerungssachen der Soldaten.) Westphal, (deutsch. PR. Th. 1. S. 454.) Quistorp, (Gr. d. peinl. Rechts Th. 1. §. 480. not. a.) Schmid, (Diss. de except. stuperatam ad satisfactionem privatam. §. 24.) daß Soldaten überhaupt nicht verbunden sind, der Geschwächten eine Abfindung zu geben, sondern mit ihrem Körper büßen müßten. Allein diese Meinung läßt sich nach Rechtsgründen nicht vertheidigen, obgleich nach politischen Gründen; denn durch eine solche Nichterfüllung der Verbindlichkeiten werden die Weibspersonen abgehalten, sich mit Soldaten abzugeben, und sie werden nicht zur Liederlichkeit verleitet. Wenn man die rechtliche mit der politischen Ansicht vereinigt, so ergeben sich folgende Bestimmungen.

Wenn eine Frauensperson sich in einen unerlaubten Umgang mit einem Soldaten einläßt, und dieser sie unter dem Versprechen der Ehe schwängert, so hat er entweder die Einwilligung zur Eingehung der Ehe beim Regimentschef nachgesucht, oder nicht; ist jenes, und erfolgt der Beischlaf und Niederkunft, so ist er verbunden, die Person zu heirathen, oder ihr eine vollständige Abfindung zu geben; denn hier ist kein Grund vorhanden, ihn von den Verbindlichkeiten zu befreien, welche Andern obliegen. Hat sich diese Person mit dem Soldaten eingelassen, und hat dieser

ihr auch die Ehe versprochen, aber den Consenz nicht nachgesucht, oder ist die Schwängerung ohne dieses Versprechen erfolgt, so kann die Geschwächte auf keine Entschädigung Ansprüche machen. Was die Ernährung des Kindes in diesem Falle betrifft, so kommt es darauf an: ob der Soldat außer seinem Solde oder Tractement annoch Vermögen besitzt, oder nicht; im erstern Fall kann er verbunden werden, die Alimente zu bezahlen, in dem letztern Fall muß die Mutter für die Ernährung des Kindes sorgen.

Hiermit stimmt dasjenige überein, was in dem Anhang zum Pr. LR. Th. 1. tit. 1. §. 1027. u. f. f. §. 83. bemerkt ist. Die Verpflegung= und Erziehungskosten betragen, wenn der Soldat ein Gemeiner ist 16 gr., ist es ein Unteroffizier 20 gr., ist es ein Offizier nach Unterschied des Ranges 2 bis 4 Rthlr. monatlich.

Anmerk. Schmid, (a. a. O.) bemerkt, daß die Studenten zu Tübingen 20 — 30 Xr. zu bezahlen haben, und in Altorf nach einem Senatsbeschluß von 1724. 25 Fl. Wegen der auf der Universität Erlangen Studirenden, galt unter der markgräflichen Regierung eine besondere Verordnung wegen der Schwängerungen, in welcher ein sogenanntes Pauschquantum von 16 Fl. 15 Xr. für Straf= und Gerichtskosten bestimmt war: diese wurde unter der preußischen Regierung aufgehoben, und eine besondere Verordnung von 22sten Dec. 1798 erlassen. Scheibe, in dem Auszuge des pr. LR. B. 2. S. 46 nahm solche auf, ohne zu bemerken, daß sie blos für die auf der Universität Erlangen Studierenden gegeben, und Paalzow nahm solche als eine allgemein geltende in seinem Handbuche für praktische Rechtsgelehrte in den preuß. Staaten Th. 1. S. 390 auf.

§. 404.

Eine Jüdinn kann, wenn sie von einem Juden geschwängert worden, das in den mosaischen Gesetzen bestimmte Abfindungsquantum fordern, wenn die Gültigkeit jener nicht durch die Landesgesetze aufgehoben ist; ist der Schwängerer ein Christ, so findet das gemeine Recht Anwendnng.

Das mosaisch=talmudische Recht kann in Streitigkeiten der Juden und Christen nicht zur Entscheidungsnorm dienen, in Sachen der Juden unter sich nur dann, wenn die Landesgesetze nicht das Gegentheil bestimmen. i)

c) Wegen Baiern s. Kreitmayr Anmerk. z. Cod. Max. Th. 1. Kap. 2. §. 40. und Th. 5. Kap. 20. §. 1. Gründler, Einl. z. bay. Privatrecht §. 5. not. n. s. §. 135. des 1sten Th. 1stes B.

Es sind nun nach dieser allgemeinen Bestimmung folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Wenn ein Christ eine Jüdinn geschwängert hat, so ist er verbunden, dasjenige Abfindungsquantum zu geben, welches einer geschwächten Christinn zu entrichten ist; denn derjenige, welcher eine Geschwächte nicht heirathen kann, wird dadurch von der Verbindlichkeit, sie zu dotiren, nicht frey: (Leyser, Sp. 583. m. 8. Berger, in suppl. ad elect. proc. matr. p. 827.) auch kann hier nicht in Betracht kommen, daß sie, die Geschwächte, das Hinderniß gewußt hat; das nämliche findet statt:

2) wenn ein Jude eine Christinn geschwängert hat, indem das mosaische Recht nur auf Juden gegen Juden angewandt werden kann.

3) Wenn aber ein Jude einer Jüdinn unehelich beigewohnt, so finden die Bestimmungen des mosaischen talmudischen Rechts Anwendung, wenn nicht die Landesgesetze das Gegentheil bestimmen.

In dem mosaischen Recht (2 B. Moses K. 22. V. 16. 17.) ist bestimmt, wenn Jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertraut ist, und beschläft sie, der soll ihr geben die Morgengabe, und sie zum Weib haben, weigert sich aber ihr Vater, sie ihm zu geben, soll er Geld darwägen, wie viel einer Jungfrau zur Morgengabe gebühret. Das Quantum besteht in 50 Sekel, s. 5 B. Moses 22. V. 29. Wie viel ein Sekel nach dem jetzigen Geldverhältniß betrage, ist zweifelhaft: v. Kesselbring, (Versuch einer neuen Entdeckung vom Unterschied des Sekelgewichts. Berlin 1730.) Boysen, (allgem. Welthistorie, alte Historie B. 1. Verzeichniß 21. Halle 1707.) Nach der Meinung des Oberlandrabbiners Hirschel Löbel zu Berlin beträgt es ungefähr 1 Loth feines Silber. Meistentheils ist eine conventionelle Summe dafür angenommen: in Schlesien 106 Rthl., in Polen 320 polnische Gulden. Stengel, (Beitr. z. Justizv. Th. 5. S. 194.) Nach dem Gutachten der Assessoren der jüdischen Gerichte zu Berlin v. 26sten März 1801. (Stengel 13. S. 230) betragen

sie 53⅓ Loth Silber, nach Hymmen, (Beitr. B. 1. S. 35.) 21 Rthl. 4 gr. 4 pf.

Wenn ein Jude eine Jüdinn geschwängert hat, so wird, wie in dem Gutachten des Oberlandrabbiners v. 18ten Febr. 1794 bemerkt ist, auf die Abkunft aus dem Stamm Aron keine Rücksicht genommen: (Stengel, Beitr. 1. S. 108) wohl darauf, ob sie erwachsen ist, d. h. 12 Jahr und 6 Monat alt ist. Mosesmendelsohn, (Ritualgesetze. Hauptst. 4. Abh. 2. §. 3.) Ist sie dieß noch nicht, so ist nach der Meinung der Assessoren des jüdischen Gerichts zu Berlin (s. oben angeführtes Gutachten,) der Vater berechtigt, wenn gleich die Geschwächte in die That gewilligt, und selbst Mitschuldige ist, eine Entschädigung für die Korruption zu verlangen, die darin besteht, daß der Verführer entweder die Person heirathet, oder ihm (dem Vater) eine Geldstrafe von 50 Sekel entrichtet. In dem Talmud Ketubach S. 32 und Jadhachasaka (des Maimonides) Hilchot, Narok sind aber folgende Einschränkungen vorhanden:

1) Die Geschwächte muß nie an einen Mann versprochen gewesen;

2) sie darf das Alter der Erwachsenheit noch nicht erreicht haben.

In allen den Fällen, wo diese Beschränkungen nicht alle zusammen treffen, kann sie der Regel nach auf diese Entschädigung gegen den Schwängerer keine Ansprüche machen: es sey denn, daß er ihr eine Summe als Geschenk versprochen, oder ein Stuprum violentum erfolgt ist.

Der Hauptgrund, warum diese Bestimmungen angenommen sind; ist wohl der, weil die Geschwächte, wenn sie noch nicht erwachsen ist, unter der väterlichen Gewalt steht, denn wie Mosesmendelsohn, (a. a. O.) bemerkt, endigt sich solche, wen sie erwachsen ist.

Nach dem allgemeinen Recht kann aber wohl diese Meinung nicht angenommen werden, denn sonst würde eine Jüdinn von unbescholtenem Rufe, und vorzüglich alsdann, wenn der Schwängerer ihr die Ehe versprochen, weit schlech-

ter daran seyn, als eine Christinn, welche in keinem guten Rufe steht.

Die richtige Meinung ist daher wohl diese, daß der Jude, wenn er eine Jüdinn geschwängert, sie zu heirathen verbunden ist; will er dieß nicht, oder willigt der Vater nicht ein, so muß er ihr die im mosaischen Gesetze bestimmte Abfindung geben, ohne Rücksicht, ob sie erwachsen, noch unter der väterlichen Gewalt steht, oder nicht, nur ist vorauszusetzen, daß sie eine Jungfrau sey. Michaelis, (mosaisches Recht §. 267.), welches aber doch zu vermuthen ist.

Hiermit stimmen überein: Brunnemann, (ius eccl. L. 2. c. 18. §. 28.) Lauterbach, (coll. th. pract. L. 23. tit. 2. §. 71.) Hymmen, (Beitr. B. 1. S. 4.)

§. 405.

Die Erben der Geschwächten können auf die Abfindung nur alsdann Ansprüche machen, wenn die Klage von Letzterer schon vor ihrem Tode angebracht war.

Der Schwängerer ist zur Ehelichung oder Dotation der Geschwächten verbunden, letztere wird nicht als Genugthuung für die Beiwohnung geben, sondern tritt in die Stelle der verweigerten Ehe, ist als Surrogat derselben anzusehen. Ist die Geschwächte gestorben und hat den Schwängerer nicht in Anspruch genommen, so kann er seiner Verbindlichkeit nicht mehr nachkommen, sie nicht heirathen, braucht aber auch nicht die Ausstattung zu geben. Hat die Geschwächte aber auf die Ausstattung schon früher geklagt, und ist der Krieg Rechtens befestigt, so können die Erben die Klage fortsetzen. (L. 86. 87. de reg. iur. L. 58. de O. et A. L. ult. D. de praes. 30 an.)

Hiermit stimmen überein: Koch, (ius criminale §. 280.) Schmidt, (a. a. O. §. 26.)

Andere dagegen, als: Böhmer, (ius eccl. Prot. T. 5. Lib. 5. Tit. de adult. §. 8.) Lauterbach, (Coll. Theor. pract. Tit. ad L. Jul. de adult.) Beck, (de eo quod iustum est circa stuprum p. 166.) Quistorp, (peinl. Recht §. 479.) nehmen an, daß die Erben ohne Unterschied berechtigt sind, die rückständige Entschädigung zu

fordern. Noch Andere, als: Bastineller, (de pari turpitudine §. 13.) Wernher, (P. VI. obs. 330.) sprechen den Erben diese Befugniß ganz ab.

§. 406.

Die Verbindlichkeit des Stuperators, das Kind zu ernähren, fängt mit der Geburt an.

So wie der Vater verbunden ist, das Kind gleich nach der Geburt zu ernähren, (L. 4. u. 5. §. 1. 7. 10. D. de agnos. et alend. liberis,) so ist es auch der Schwängerer.

Hiermit stimmen überein: Carpzov, (Part. IV. const. 17. Def. 5.) Math. Colerus, (de aliment. Liv. 1. c. 6. n. 4.) Kannegießer, (Decis. Cassel. T. 2. Dec. 7. n. 7.) Wernher, (T. 2. obs. 396.) Quistorp, (peinl. Recht. Th. 1. §. 383.)

Andere dagegen behaupten, daß die Verbindlichkeit zur Ernährung erst alsdann eintrete, wenn das Kind nicht mehr saugt, oder auch, wenn es das dritte Jahr zurückgelegt hat. Covarovias, (de matr. P. 2. c. 8. §. 3.) Pistorius, (obs. 97.) Stryck, (Usus mod. Lib. 48. tit. 5. §. 22.) Mevius, (ad ius. lubec. P. 2. tit. 2. art. 9. n. 55.) Allein dieß beruht auf einer Verwechselung der Verbindlichkeit des Schwängerers zur Ernährnng des Kindes mit der Befugniß desselben, die Erziehung des Kindes zu fordern.

§. 407.

Der natürliche Vater des Schwängerers ist nicht verbunden das Kind zu ernähren, wenn der Sohn unvermögend ist.

Die Frage: ob der Vater und Großvater des Stuperators zur Ernährung des von ihrem Sohne oder Enkel außerehelich erzeugten Kindes, bei dem Unvermögen des Stuperators oder der Geschwächten verbunden sind, wird von Mehrern verneint, und angenommen, daß der Vater überhaupt nicht verbunden sey, auch selbst nicht aus dem Pflichttheile des Sohnes ein Alimentquantum zu entrichten, indem nach den Gesetzen eine legitima viventis nicht

statt habe. Dieser Meinung sind Thomasius, (de legitima viventis.) v. Cramer, (T. 4. Obs. 1226.) Schorch, (Resp. 100. n. 20.) Mencken, (de avo patern. ad alimenta nepot. illeg. praestand. non obligat. Lpz. 1772.) Knorr, (de aliment. a matr. lib. praestand. c. 2. §. 7.) Lembke, (Diss. de discrimine obligat. et ab eo pend. ord. aliment. iur. sanguinis praest. Goet. 1755. §. 51.) Gmelin, (über die Präjudicialfrage de partu agnoscendo p. 85. n. 35.) Quistorp, (Abh. von der Verbindlichkeit eines Vaters, zur Verpflegung des von seinem Sohne außer der Ehe erzeugten Kindes. in s. Beitr. n. 5. S. 56.)

Andere dagegen verpflichten ihn dazu, (womit denn auch die Praxis übereinstimmt,) gestützt auf die L. 5. §. 2. 3. u. 5. de agnoscend. vel alend. lib. Auth. licet pateri sine legitima prole C. de nat. lib. — s. Wernher, (P. 1. Obs. 134.) Carpzov, (Iurisprud. Cons. P. 2. Def. 243.) Rudinger, (de avo patern. ad aliment. nepot illeg. praest. ost. Erf. 1729.) Koch, (Inst. iur. crim. §. 280.) Meister, (Princ. iur. crimil c. 40. §. 6. n. a.) s. a. Pr. LR. Th. tit. 2. §. 628.

Ob nun gleich diese letztere Meinung die richtige ist, so kann doch der natürliche Vater des Schwängerers nicht zur Ernährung verbunden werden, indem er gegen den natürlichen Sohn nur die Verbindlichkeit hat, ihn so lange zu erhalten, bis er im Stande ist, für sein Fortkommen zu sorgen, (Nov. 29. c. n.) oder wie mehrere Particulargesetze bestimmen, (Pr. LR. 2. §. 633. 624.) bis zur erlangten Pubertät. Auch kann hier der Grundsatz keine Anwendung finden, daß bei der Verbindlichkeit, hülflose Familienmitglieder zu ernähren, auf die Ordnung, welche bei der gesetzlichen Erbfolge eintritt, Rücksicht zu nehmen sey, indem das uneheliche Kind nicht in die Familie des Vaters tritt, auf den Nachlaß desselben keinen Anspruch hat, noch einen Pflichttheil fordern kann.

Hiermit stimmt überein, die Entscheidung des Kammergerichts und Geh. Obertribunals zu Berlin v. 16ten Jan. und 30sten Juni 1801. s. Stengel,

gel Beitr. 15. d. 246.) Der entgegengesetzten Meinung ist Voet, (ad L. de agnoscend. et al. liberis §. 7.)

§. 408.

Die Alimentationspflicht des Vaters eines unehelichen Kindes entspringt nicht aus einem Delict.

Denn 1) ist der Vater verbunden, dem Kinde Alimente zu geben, dieses oder der Vormund desselben kann sie verlangen, nicht die Mutter als solche, obgleich als Vormünderin oder Vertreterin des Kindes. Steht dieses fest, so ist es einleuchtend, daß das Kind seine Ansprüche nicht auf ein Delict gründen kann. Man betrachte alle Klagen, deren Grund eine unerlaubte Handlung ist, und man wird finden, daß sie alle eine dem Kläger zugefügte Rechtskränkung einer gewissen Art voraussetzen, und entweder auf Schadenersatz oder auf Privatstrafe gerichtet sind. Worin soll aber die dem Kinde zugefügte Rechtskränkung bestehen?

2) Aus einer rechtswidrigen Handlung entstehen Verbindlichkeiten, wenn jene dem Handelnden zugerechnet werden können. Sonach würde ein Wahnsinniger, der eine Person geschwängert und mit ihr ein Kind erzeugt hätte, nicht zur Alimentation verbunden seyn, auch so der, welcher in der größten Trunkenheit den Beischlaf vollzogen hätte.

3) In obligationibus ex delicto haften die intellectuellen Urheber und Helfershelfer gleich dem physischen Urheber. So müßte derjenige, welcher einem Andern geheißen hätte, einen Beischlaf zu vollziehen, oder ihm dazu beförderlich gewesen wäre, zu den Alimenten verpflichtet seyn, während man ihn unstreitig davon frei sprechen muß, sobald der Grund der Verpflichtung in etwas Anderes zu setzen ist.

4) Wenn die Gesetze des Wohnorts des Stuprators und die, wo der Beischlaf vollzogen worden, verschiedene Bestimmungen in Ansehung der Alimentationspflicht enthielten, so müßten, wenn man den Grund der letztern in ein Delict setzt, die Gesetze der begangenen That zur Anwendung kommen, während außerdem die Gesetze des

Wohnorts entscheiden würden. Es kann daher kein anderer Grund angenommen werden, als das Verwandtschaftsverhältniß, denn an einen Vertrag läßt sich nicht denken.

Dagegen ist auch nicht einzuwenden:

1) daß das römische Recht keine Verwandtschaft zulasse. Denn wenn es gleich wahr ist, daß consanguinitas und agnatio nur bei anerkannt ehelichen Verbindungen gebräuchlich waren, (L. 4. unde cog. §. 47. de succ. cog.) so erkannten sie doch eine Verbindung des Bluts bei denselben, welches daraus ersichtlich ist, weil sie die Ehe zwischen dem Verführer und der Entführten verboten, dem Erzeuger den Namen pater naturalis beilegten, der doch gewiß eine Verwandtschaft im Sinne der deutschen Sprache andeutet. Ueberdieß ist es ein wahrer Wortstreit, *) ob man jenes Verhältniß des Erzeugers zum Kinde Verwandtschaft nennt, oder nicht, es ist doch ein Verhältniß, eine Art Status da, und es sind einmal rechtliche Folgen davon abhängig;

*) Dieß will v. Schröder nicht zugeben, indem es sich hier nicht um die Beziehung, nicht um das, was etwann im Sinne der deutschen Sprache Verwandtschaft ohne rechtliche Bedeutung genannt werden mag, sondern um einen rechtlichen Begriff und um rechtliche Folgen handle.

2) daß die auf der caritas sanguinis beruhende Alimentationspflicht durchaus gegenseitig sey, welches aber bei dem unehelichen Verhältniß wegfalle. Allein da die Alimentationspflicht sich vorzüglich auf Gewohnheitsrecht gründet, so ist es etwas rein zufälliges, daß die Verbindlichkeit nicht auch auf die Kinder ausgedehnt, wie dieß in manchen Particulair-Gesetzen wirklich erfolgt ist. (Pr. Landrecht Th. 2. tit. 2. §. 657. 638.)

Hiermit stimmen überein: Hofacker, (Princ. iur. civil. T. 1. §. 557.) Busch, (Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen und der unehelichen Kinder. Ilm. 1828 §. 194. 261.) Heerwart, (Beiträge zur Lehre von der Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder; im Archiv d. civilist. Praxis. B. 14. Heft 3. S. 18.)

Das Gegentheil behaupten: Quistorp, (Beiträge 1.3.) Bülow u. Hagemann, (Erört. 4. 70.) Glück, (PCom. Th. 18. S. 198. 196.) Kamerer, (in der

Themis B. 2. S. 225.) v. Schröter, (zur Lehre von der Alimentation der unehelichen Kinder, insbesondere der Adulterini; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, s. v. Linde, Marezoll u. Schröter B. 5. Heft 3. n. 21.) ist zwar auch der Meinung, daß die Verbindlichkeit nicht aus einem Delict herzuleiten sey, nimmt aber nicht an, daß sie aus einem Verwandtschaftsverhältniß entspringe, sondern daß der Erzeuger eines unehelichen Kindes durch die Thatsache der Erzeugung eine wahre, mit keiner weitern persönlichen Relation zu dem Kinde rechtlich verbundene selbstständige Obligation auf Alimentation desselben contrahirt.

§. 409.

Die Erben des Schwängerers sind verbunden, die Alimente an das unehelich geborne Kind fort zu bezahlen.

Wenn man den Grund der Alimentationspflicht in ein Delict setzt, so ist es unbezweifelt, daß auch die Erben zur Fortbezahlung derselben verbunden sind; da nun aber dieses nicht angenommen werden kann, sondern vielmehr anzunehmen ist, daß diese Pflicht aus der Verwandtschaft entspringt, so ist es zweifelhaft, ob diese Verbindlichkeit auf die Erben übergeht. Man könnte dagegen anführen, daß das persönliche Verhältniß des Erzeugers mit dem Erzeugten durch den Tod aufgehört, folglich auch die Alimentationspflicht, indem kein Erzeuger mehr da ist. Hierzu kommt, daß nach dem römischen Recht die persönlichen Verpflichtungen des Freigelassenen gegen den Patron auf die Erben des erstern nicht übergingen, L. 8. C. de obseq. praest.) auch heißt es in der L. 5. §. 17. de agn. et alen. lib. „heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere."

Da nun die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters auf einer durch die Rechtslehrer und Gerichtsgebrauch bewirkten ausgedehnten Erklärung der in dem geschriebenen Recht enthaltenen Alimentationspflicht des ehelichen Kindes

beruht, so scheint es sehr natürlich, ja sogar rechtlich nothwendig, dieselben Grundsätze auch hier zur Anwendung zu bringen.

Dieser Meinung sind: Heerwart, (a. a. O. S. 440.) dann diejenigen, welche die Alimentationspflicht aus dem Grunde eines Delicts ableiten, als: Quistorp, (Beitr. B. 1. n. 5.) Bülow u. Hagemann, (Erörtr. IV. 70.)

Allein aus bessern Gründen nehmen v. Glück, (Pandectenc. Th. 28. S. 217.) und Busch (a. a. O. §. 259.) die richtigere Meinung an:

1) Ist die Verbindlichkeit eine rein civilrechtliche, welche aus dem Gesetz entspringt, und aus dem Vermögen des Erblassers gleich einer andern bestritten werden muß.

2) Ist gegen den Schwängerer Klage erhoben worden, und er rechtlich verurtheilt, die Alimente dem Kinde zu geben, so unterliegt es keinem Zweifel, daß alsdann nach seinem Tode die Erben verbunden sind, ex iudicato die Alimente fortzubezahlen, eben so alsdann, wenn, was gewöhnlich ist, der Schwängerer mit der Geschwächten einen Vertrag eingegangen hat, worin das Quantum der Alimente bestimmt ist.

3) Sind die von den Gegnern angegebenen Gründe von geringer Bedeutung; das erste angeführte Gesetz paßt gar nicht, das zweite handelt von einer Liebes-, nicht von einer Zwangspflicht, zu welcher letztern doch die Alimentationsverbindlichkeit gehört.

Anmerk. Im Archiv d. civil. Praxis Th. 3. n. 26. behauptet Kaucher in der Abh.: Beitrag zur Rechtfertigung des doctrinellen Lehrsatzes: auch nach dem canonischen Recht sey den aus Ehebruch erzeugten Kindern ein Klagerecht wegen der Alimente gegen den ehebrecherischen Vater gegeben, am wenigsten aber sey derselben Mutter dann zu einer Klage befugt, wenn sie behauptet, die in der Ehe mit ihrem legitimen Gatten gebornen Kinder seyen von einem Dritten durch Ehebruch erzeugt, und deßhalb von diesem Alimente für ihre Kinder fordert, die Bestimmung des röm. Rechts: Auth. ex complex. C. de incestis et inut. nupt. 55. Auth. licet. patr. C. de natural. lib. 5. 27. Nov. 74. C. 6. Nov. 89. c. 15., wonach die Aeltern nicht zur Ernährung verbunden seyn, durch das canonische Recht C. 5. X. et de eo qui duxit in matr. nicht aufgehoben, indem dieses gar keine Ehebrecher voraussetze.

§. 410.

Die exceptio congressus cum pluribus befreit den in Anspruch genommenen Schwängerer nicht von der Alimentation des Kindes.

Daß die Geschwächte, wenn die exceptio plurium constuperatorum begründet ist, keine Abfindung zu verlangen berechtigt sey, ist unbedenklich: Böhmer, (ius. eccl. Prot. T. 5. lib. 5. tit. 16. §. 11.) Leyser, (Med. ad Pand. Vol. X. Sp. 583. med. 22.) Ganz anders verhält es sich in Ansehung der Ernährung des Kindes. d)

d) Gottschalk, (selecta descept. for. capita T. III. c. 9. u. 10.) Waldeck, (Controversenentscheidung des geh. Oberappellations-Gerichts zu Wolfenbüttel. Th. n. 12.)

Einige sind der Meinung, daß in einem solchen Falle der Stuperator nicht angehalten werden könne, das Kind zu ernähren, als: Faber, (Cod. defen. for. Lib. 9. tit. 7. Def. 6.) Schilter, (Inst. iur. canonici Lib. 2. tit. 13. §. 6.) Donauer, (cons. 27. n. 20.) Wernher, (select. observ. forens. Th. 2. P. 6. Obs. 395.) Böhmer, (Observat. ad Carpzov. pract. rer. criminal. ad Q. 69. Obs. 12.) Leyser, (Medit. Sp. 322. med. 9.) Heerwart, (Beiträge zur Lehre der Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder; im Archiv der civilistischen Praxis. B. 14. Heft 3. n. 18.)

Andere unterscheiden, ob der Beischlaf eingeräumt, und die Zeit der Niederkunft hiermit übereinstimmt oder nicht; in jenem Falle halten sie den Stuperator zu Ernährung verbunden, nicht aber im letztern Fall. Quistorp, (Gr. d. peinl. Rechts. Th. 1. §. 482.) Voet, (Comment. ad Pand. Lib. 48. Tit. 5. §. 6.) Meister, (Principia iur. comm. §. 209. n. a., u. pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht B. 1. Bemerk. 15.) Hymmen, (Beitr. B. 4. S. 90.) Bülow u. Hagemann, (Erörtr. 4. 68.) Waldeck, (Controversenentscheidung d. Oberappellations-Gerichts zu Wolfenbüttel 1728. n. 12.)

Nach der Meinung Anderer: Geiger u. Glück, (Rechtsfälle B. 2. n. 24.) Buch, (Darstellung der Rech-

te geschwächter Frauenspersonen und der unehelichen Kinder. Ilmenau 1828. §. 246., und in der Themis B. 2. n. 7.) soll es darauf ankommen, ob die Geschwächte im Stande sey, das Kind zu ernähren oder nicht: in jenem Fall könne sie die Stuperatoren nicht in Anspruch nehmen, indem die Verbindlichkeit zur Ernährung nicht aus dem Beischlafe, sondern aus der Paternität entspringe; diese sey aber hier ungewiß, auch könne die Begünstigung, welche die Alimente in den Gesetzen hätten, hier nicht in Betracht kommen; das Kind verliere nichts, weil eine Mutter vorausgesetzt werde, die ihr Kind zu ernähren im Stande sey, sie aber könne darum zur Alimentation angehalten werden, weil sie selbst zur Ungewißheit der Vaterschaft die Veranlassung gegeben habe: man würde die Unzucht und Gewinnsucht solcher Weibspersonen fördern, wenn sie sicher darauf rechnen könnten, daß es ihnen in keinem Falle an der Ernährung des Kindes fehlen könnte, wenn sie auch nicht einmal einen vermuthlichen Vater anzugeben vermöchten. In dem zweiten Fall aber seyen die Stuperatoren in solidum zur Ernährung verpflichtet und zwar darum, weil jeder Stuperator durch die unerlaubte Handlung des Beischlafs die Ungewißheit der Vaterschaft herbeigeführt, dadurch dem Kinde die Möglichkeit, gegen den präsumtiven Vater zu klagen, entzogen habe, und dieser schuldhaften Handlung wegen den dem Kinde daraus entspringenden Schaden zu ersetzen verbunden: es sey hier nicht die actio de partu agnoscendo utilis, sondern die actio in factum ex lege aquilia in Anwendung zu bringen.

Noch Andere wollen es auf die Aussage der Mutter ankommen lassen, und solche mit der Geburtszeit, Physiognomie des Kindes und andern Umständen zusammen stellen, und denjenigen allein zur Ernährung verurtheilen, welcher die meisten Indicia gegen sich hat. Engel, (ius canon. Lib. 4. tit. 17. n. 3.) Nach der richtigen Meinung, welche Brunnemann, (comm. ad Pand. L. 5. de ag. et al. libr. n. 20.) v. Kreitmayr, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 1. Kap. 4. §. 9. n. 4.) Lindner, (de obligat. alendi liberos illegitimos. Alt. 1796.) Gott-

schalk, (Discept. for. T. III. c. 9.) Haubold, (sächs. Privatrecht §. 304. [b]) vertheidigen, sind die mehrern Stupratoren in solidum verhaftet, so daß, wenn einer derselben unvermögend ist, die Last auf die übrigen übertragen werde. Denn wenn

1) die Pflicht zur Alimentation aus der Paternität entspringt, diese aber in dem vorausgesetzten Fall unerwiesen ist, so ist doch durch das eigne Geständniß des mit der Geburtszeit übereintreffenden Beischlafs die Wirklichkeit einer begangenen Handlung, davon jenes Verhältniß abhängt, dargethan, und streitet wider den Beklagten eine dringende Rechtsvermuthung, daß er der Vater des Kindes sey. Ob nun gleich Rechtsvermuthungen den Beweis des Gegentheils nicht ausschließen, so kann doch dieser durch die bloße Möglichkeit, daß die Sache sich anders verhalte, und durch den Zweifel, welcher aus der mit Mehrern zu einer Zeit begangenen Unzucht entsteht, nicht hinlänglich geführt werden.

2) Kann die gesetzlich für eheliche Kinder begründete Vermuthung aus dem Zeitraum zwischen dem Beischlaf und der Zeit der Geburt, (L. 12. D. de statu hom. L. 35. f. de suis et leg.) auch auf uneheliche Kinder angewandt werden, indem die Gründe jener Vermuthung auf ärztlichen Beobachtungen beruhen, [e]) und die priesterliche Trauung dabei keinen Unterschied machen kann.

e) Einige Aerzte wollen sie nicht als zulässig erklären: Hencke, Handb. d. gerichtl. Medicin §. 105. Ebend. Abh. aus der gerichtl. Medicin n. 4.

3) Ist die Bestimmung der L. 2. §. 9. D. ad leg. Jul. de adult., daß, wenn das Kind in der Ehe geboren, der bloße Umstand, daß die Mutter des Kindes einen Ehebruch begangen, dem Kinde an dessen ehelicher Geburt unnachtheilig seyn soll, hier analogisch in Anwendung zu bringen.

4) Ist der Schwängerer wegen Alimentation des Kindes zuerst verpflichtet, und sollte dieser unvermögend seyn, so kann der Vater desselben und erst alsdann die Mutter in Anspruch genommen werden: Stryck, (Usus

mod. P. Lib. 25. T. 3. §. 5. Entscheidung d. preuß. Gesetzcommission v. 16ten Juli 1789 in Kleins Annalen B. 5. S. 208.) haftet ein jeder für die aus einer unerlaubten Handlung entspringenden unmittelbaren Folgen.

5) Würde, wenn man die entgegengesetzte Meinung annehmen wollte, und der Fall einträte, daß die Mutter zur Alimentation wie unvermögend wäre, die Last auf den Staat oder Armenanstalt fallen, allein die Verbindlichkeit des Staats ist nur subsidiarisch. Moser, (Staatsrecht Th. 22. p. 396.)

Was das Verhältniß mehrerer Stuperatoren betrifft, so haftet nicht ein jeder für seinen Antheil, sondern es ist eine obligatio in solidum vorhanden. Westphal, (Criminalrecht Abh. 25. n. 20.)

Es ist ganz unrichtig, wenn einige Rechtsgelehrte, als: Quistorp, (a. a. O. §. 91.) Meister, (rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinlichen Fällen Th. 1. S. 50.) annehmen: der Grund der Verbindlichkeit liege in der Correalität und dem daraus fließenden Ersatz des Schadens, wozu sowohl die, welche ein gemeinschaftliches Verbrechen begangen, als die, welche zu dem Verbrechen Anderer mitgewirkt haben, verbunden sind. Denn hier ist kein gemeinschaftliches Verbrechen vorhanden, indem sich die Mehrern nicht gemeinschaftlich verbunden haben, die unerlaubte Handlung zu begehen; auch kann von einer Mitwirkung zum Verbrechen nicht die Rede seyn. Ein jeder Stuperator haftet vielmehr aus seiner eigenen unerlaubten Handlung für sich zur Ernährung des Kindes. Es kann sonach ein jeder von der Mutter oder dem Vormund des Kindes auf das Ganze in Anspruch genommen werden: diesem auf das Ganze Verurtheilten steht dann frei, von den Uebrigen, denen er beweisen kann, daß sie vom zehnten bis mit dem siebenten Monate, von der Geburt des Kindes zurück gerechnet, sich mit dessen Mutter fleischlich vermischt haben, einen verhältnißmäßigen, in Ansehung der Unterhaltungssumme nach ihrem ohngefähren Vermögen oder Einkommen zu bestimmenden Beitrag, mittelst besonderer Klage zu fordern. Es wird zwar dagegen bemerkt: Heer-

wart, (a. a. O. S. 451.) daß die Größe der Alimente gar nicht zu bestimmen sey, wenn mehrere Stuperatoren von ungleichem Vermögen vorhanden wären, der Reiche mit einem vermögenslosen Concumbicenten würde auf geringe, der letztere dagegen auf sehr hohe Alimente belangt werden. Allein bei der Größe der festzusetzenden Alimente wird doch vorzüglich auf den Stand der Mutter Rücksicht genommen, und nach den besondern Verhältnissen, wenn die Gesetze keine Bestimmung enthalten, vom Richter selbst das Quantum festgesetzt.

Hiermit stimmt auch der Cod. Max. bav. Th. 1. Kap. 4. §. 9. n. 3.) Pr. LR. Th. 2. tit. 2. §. 619. 620. Sächs. Mandat, einige Bestimmungen über die Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder betr. v. 12ten Nov. 1828. (G. S. St. 29. n. 42.)

§. 411.

Der Schwängerer ist verbunden, die Begräbnißkosten seines unehelichen Kindes zu tragen.

Einige Rechtsgelehrte, als: Mylius, (Diss. an is qui alimenta vivo praestitit, ad eum sepeliendum sit obligatus. Witt. 1737.) Chladenius, (doctrina de alimentis cap. quaed. controv. Wittenberg 1759.) behaupten, daß der Schwängerer hierzu verbunden sey, weil

1) die Pflicht zur Beerdigung dem nächsten Erben obliege, welches hier die Mutter sey;

2) daß der Tod des Kindes dem Vater nicht unmittelbar zuzurechnen, vielmehr in Rücksicht seiner ein bloßer Zufall sey;

3) der Schwängerer blos zur Alimentation verbunden sey, zu welcher aber die Beerdigungskosten nicht gezählt werden können.

Andere als: Lauterbach, (Coll. th. Pract. Tit. ad L. Jul. de adult. §. 47.) Beck, (de eo quod iustum est circa stuprum p. 159.) Koch, (Inst. iur. comment. §. 280.) Quistorp, (peinl. Recht §. 483.) unterscheiden: ob der Stuperator sich zu einer Vergleichssumme einmal verstanden, und sich etwa blos wegen seiner Er-

leichterung gewisse Termine vorbehalten, oder ob dieß nicht geschehen, und er alljährlich die Alimente bezahlt, in dem erstern Falle sey er nicht zu der Entrichtung der Begräbnißkosten verbunden, wohl aber in dem letztern Falle.

Noch Andere, als: Carpzov, (Practica rer. comment. P. II. Quaest. 68. n. 115.) Voet, (Comment. ad D. Lib. 48. tit. 5. §. 6.) Stryck, (usus mod. P. Lib. XI. tit. VII. §. 43.) Brunnemann, (Comment. ad P. L. 21. de religosis.) Haubold, (Sächs. PR. §. 304.[b]) Entw. d. Pr. Gesetzcommission v. 18ten Sept. 1801. (Stengels Beitr. B. 14. S. 126.) nehmen dagegen ohne Unterschied an, daß der Schwängerer verbunden sey, die Beerdigungskosten zu tragen, oder der Mutter, welche solche ausgelegt, zu erstatten. Denn

1) sey die Beerdigung der Todten nicht blos eine Tugendpflicht der Hinterbliebenen; in der bürgerlichen Gesellschaft beruhe sie auf einer Zwangspflicht, weil es durchaus nothwendig sey, die verwesliche Hülle der Verstorbenen aus dem Kreise der Lebendigen zu entfernen, und ein jedes Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, vermöge seines Anspruchs auf einen guten Namen und Achtung seiner Mitbürger, auch von derselben nach seinem Tode keine Beschimpfung erwarten könne, welches durch unterlassene Beerdigung geschehen würde.

2) Die Sorge für die Beerdigung liege vorzüglich den Verwandten und Angehörigen des Verstorbenen ob, und unter diesen wieder demjenigen, welcher ihn im Leben mit den unentbehrlichsten Bedürfnissen zu versehen verpflichtet war, und der ihm also auch dieß letzte Bedürfniß, eine ehrbare Grabstätte zu verschaffen, verbunden sey.

3) Eheliche Aeltern seyen verbunden, ihre Kinder und so umgekehrt, die Kinder ihre Aeltern in Ermangelung des hinreichenden Nachlasses auf eigene Kosten beerdigen zu lassen, indem sie zur wechselseitigen Unterstützung im Leben verpflichtet wären: eine gleiche Verpflichtung habe aber auch zwischen unehelichen Aeltern und Kindern statt. Vorzüglich muß dieß der Vater eines unehelichen Kindes, bis es nach zurückgelegten 14ten Jahre sich selbst ernähren könne, thun;

würde es durch Krankheit verhindert, sich selbst Unterhalt zu verschaffen, so könne es auch nachher noch die nothwendige Verpflegung fordern. Würde es während dieser Zeit sterben, so fielen ihm auch die Begräbnißkosten zur Last, hätte die Mutter solche ausgelegt, so könne sie vom Vater die Rückerstattung fordern, indem der Schwängerer überhaupt schuldig sey, die Geschwächte zu entschädigen, und alle während der Schwangerschaft und Niederkunft aufgelaufenen unvermeidlichen Kosten zu übernehmen.

4) Die von den Rechtsgelehrten, weche der entgegengesetzten Meinung zugethan sind, aufgestellten Gründe wären unerheblich: denn

a) wenn gleich die Mutter allein das uneheliche Kind beerbt, so sey doch der Vater vor der Mutter zur Alimentation des Kindes verbunden; daher treffe ihn auch vorzüglich die daraus fließende Obliegenheit, die Begräbnißkosten zu geben.

b) Kommt es darauf nicht an, ob ihm der Tod des Kindes zuzurechnen oder es ein bloßer Zufall sey, indem wenn ersteres wäre, seine Verbindlichkeit blos verstärkt werden, im letztern Fall aber die Zurechnung wegfallen würde.

c) Wenn gleich die Alimentations- von den Begräbnißkosten unterschieden wären, indem jene mit dem Tode des Kindes aufhören, diese aber nach dessen Tode erst entstehen, so kommen sie doch darin überein, daß sie, so bald das Kind einmal lebend oder todt sey, als ein auf gleicher Nothwendigkeit beruhender Aufwand für selbiges bezahlt werden müßten.

Diese Meinung, welche auch nach dem Preuß. Recht anzunehmen, ist die richtige: nur wird vorausgesetzt, daß das Kind kein eigenthümliches Vermögen habe, denn in diesem Falle sind die Beerdigungskosten aus seinem Nachlaß zu bestreiten, und hätte der Schwängerer solche bezahlt, so würde ihm die Befugniß der Rückforderung zustehen, welche auch den leiblichen Aeltern in diesem Falle nach der L. 30. D. de religios. zukommt: denn wenn gleich sumtus funeris ex pietate facti nicht repetirt werden können, so kommt es doch nach der L. 14. D. §. 7. de relig.

vorzüglich auf die obwaltenden Umstände, und ob dergleichen animus repetendi zu präsumiren sey, an.

§. 412.

Beantwortung einiger noch streitiger Fragen in dieser Lehre.

Bestritten ist:

1) ob der Angabe der Geschwächten, daß dieser oder jener Vater des Kindes sey, Glauben beizumessen? Einige, als: Hert, (Vol. 1. Resp. 189. n. 1. 2. 3.) Engau, (P. 3. Dec. 167.) Meister, (rechtliche Erkenntnisse Th. 2. Dec. 78. n. 3. Th. 3. Resp. 82. n. 12.) sind der Meinung, daß wenn die Angabe des Vaters unter den Geburtsschmerzen geschehen, und noch Andere, als: Stryck, (de effat. agonizant. c. 1. n. 15.) Mynsing, (cons. 79. n. 35.) Eisenhardt, (Rechtshandel Th. 6. n. 4.) wenn die Geschwächte auf dem Todtenbette solche Angabe machte, diese vollen Glauben verdiene. Allein Andere, als: Carpzov, (Prax. crim. Q. 96. n. 54.) Bardili, (de satisfactione stuperatae. memb. 2. n. 16.) Hertius, (Vol. 1. Res. 189. n. 1. 2. 3.) Leyser, (med. ad P. Sp. 142. m. 7. Sp. 577. med. 8.) Mevius, (Part. 3. Dec. 167.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 2. Bed. 123.) Quistorp, (Gr. des peinl. R. §. 484.) nehmen aus weit bessern Gründen das Gegentheil an. Es kommt hier alles auf die besondern Umstände an: ist die Angeberin eine ehrbare Person, vom besten Ruf, und es kann ihr nichts weiter vorgeworfen werden, als daß sie sich zum Falle hat bringen lassen, der Beschuldigte dagegen ein Mensch, der einen schlechten Lebenswandel führt, der schon mehrere verführt hat, so kann auf die Angabe gewiß Rücksicht genommen, und die Geschwächte eher zum Erfüllungs-, als der Schwängerer zum Reinigungseid gelassen werden. (s. Pr. LR. Th. 2. tit. 2. §. 1108.) Daß im Zweifel zu vermuthen, daß die Angeberin eine ehrbare Person sey, der weiter nichts als das Stuprum vorgeworfen werden kann, behauptet zwar Mevius, (P. 3. Dec. 73.) allein dieß läßt sich nicht so allgemein annehmen.

2) Ob die Eidesdelation in Schwängerungssachen zulässig sey? Cannegießer, (in Decis Cassell. T. 2. Dec. 301. n. 2.) hält solche für unzulässig; dagegen sind für die Zulässigkeit: Wernher, (P. 3. Obs. 216.) Stryck, (de deneg. patr. a matr. infanti fact. n. 38.) Malblanc, (de iureiurando p. 141.) Böhmer, (de probat. per iuram. delat.) Fischer, (Cameral= und Polizeirecht B. 1. §. 361.) Quistorp, (Pr. Recht §. 485.) ja sogar wollen Einige auch eine persona infamis zulassen. Westphal, (Kriminalrecht S. 212. n. 4.) Wernher, (obs. L. 9. obs. 224.)

3) Ob der Schwängerer, wenn er selbst die Verpflegung des Kindes übernehmen will, von der Verbindlichkeit, die Alimente zu bezahlen, befreit werde?

Wenn gleich die Gesetze bestimmen, daß der Schwängerer das Kind nach richterlicher Ermäßigung zu alimentiren verbunden seyn soll, so wird dadurch demselben die Befugniß nicht entzogen, das Kind selbst zu erziehen, wenn es drei Jahre alt ist, denn so lange muß es nach arg. L. 9. C. de patr. pot. (nach pr. LR. Th. 2. tit. 2. §. 621. bis zum 4ten Jahre) der Mutter überlassen werden. Wenn gleich dem natürlichen Vater weder die väterliche Gewalt, noch ein Erbrecht zusteht, so kann ihm doch diese Befugniß im Allgemeinen nicht abgesprochen werden, wenn nicht besondere Gründe eintreten, ihm die Erziehung nicht zu überlassen, welches der richterlichen Beurtheilung überlassen bleibt. Hierzu kommt noch, daß jeder Schuldner durch die Leistung dessen, was der nächste Gegenstand und der Zweck seiner Verbindlichkeit ist, frei wird, und kein Gläubiger Geld zu verlangen berechtigt ist, so lange ihm das unmittelbare Object seines Rechts nicht verweigert wird.

Hiermit stimmen überein: Stryck, (Usus mod. P. L. 48. tit. 5. §. 27.) Berger, (oecom. iur. L. 3. tit. 2. th. 4. n. 7.) Leyser, (med. ad P. Sp. 14. n. 35. 36. 37. 38.) Püttmann, (element. iur. crim. §. 587.) Kind, (Quaest. for. T. IV. Cap. 2.) s. a. Pr. LR. a. a. O. §. 622. u. s. f. Heerwart, (a. a. O. S. 442.) s. dage=

gen das, in Hommel, (Rhaps. obs. 416.) angeführte Gutachten und Kamerer, (in der Themis B. 2. S. 225.) Die ganze Streitfrage ist dadurch verwirrt worden, indem man etwas hinein gemischt hat, was dahin gar nicht gehört, nämlich die Erziehung des Kindes. Daher sind die Gegengründe, welche Kamerer angegeben, leicht zu widerlegen, sie reduciren sich auf folgende:

1) daß nach dem römischen Recht nur dem Vater über eheliche Kinder Rechte zustehen und uneheliche der Mutter folgen;

2) daß aus unerlaubten Handlungen der Urheber für sich keine Rechte ableiten könne.

Dagegen läßt sich aber einwenden, daß es sich hier gar nicht um ein selbstständiges Recht des Vaters, sondern nur darum handelt, wie weit die Verbindlichkeit desselben gehe. Das römische, welches den Grundsatz enthält, daß der Vater eines unehelichen Kindes zur Alimentation nicht verpflichtet sey, kann um so weniger zur Entscheidung gebraucht werden, weil diese Bestimmung dem deutschen Recht zuwider ist.

Wenn ferner von Kamerer, (a. a. O. S. 223.) bemerkt wird, daß die Alimente demjenigen, welcher von einem Andern zur Arbeit untauglich gemacht worden, bezahlt den müssen und der Beleidiger nicht verlangen könne, daß er zu ihm ins Haus komme, wie noch Niemand behauptet habe, so beweist dieß darum nichts, weil, wenn der Fall wirklich eintreten sollte, wohl der Alimentand dazu angehalten werden könnte, indem kein Grund einzusehen, warum er, welcher Wohnung und Speisung verlangt, die ihm vom Gegner bei sich zu geben angeboten wird, verweigern sollte, und auf eine Geldsumme zu bestehen berechtigt sey, vorausgesetzt, daß der Grund dieser Verbindlichkeit in einer blos culposen Handlung besteht. Wäre die Verletzung durch wahre Feindschaft und eingewurzelten Haß gegen den Verletzten veranlaßt, so würde dieß ein Fall sein, wo dem Verpflichteten eine maligna suspicio trifft, wo alsdann das richterliche Ermessen einschreiten müßte. Dieß ist auch in Rücksicht des ferner von Kamerer

analogisch angeführten Beispiels zu behaupten, wenn ein Nothzüchtiger der Genothzüchtigten Alimente zu reichen verurtheilt worden.

IV. Buch.

Von den Gerechtigkeiten, welche aus den Hoheitsrechten des Staats hervorgehen und damit zusammen hängen.

§. 413. (M. §. 257. n. 7.)

Die Constitution Friedrich I. de regalibus hat für Deutschland keine verbindliche Kraft.

Um den Streitigkeiten, welche der Kaiser mit den italienischen Städten hatte, ein Ende zu machen und die Staatsverfassung wieder auf den alten Fuß zu setzen, wurde den vier berühmten Rechtsgelehrten (Bulgarus, Martinus Gosia, Jacobus Hugolinus und Hugo de porta ravenate) nebst den Abgeordneten der Städte der Auftrag ertheilt, die Rechte des Kaisers genauer zu bestimmen und so entstand die Constitutio de regalibus.

Radewich (L. 2. c. v. p. 509.) bemerkt: Requisitique de hoc ipso iure quid esset, adiudicaverunt Ducatus, Marchias, Comitatus, Consulatus, monetas, telona, fodrum, vectigalia, portas, pedatica, molendina, piscaria, portus omnemque utilitatem ex decursu fluminum provenientem, nec de terra tantum, verumetiam de suis propriis capitibus census annui redditionem. Um so williger wurde diese Constitution angenommen, indem der Kaiser sogleich erklärte, diejenigen, welche Regalien bis dahin auf rechtmäßige Weise inne gehabt, in dem Besitz derselben zu lassen; auch verstand sich der Kaiser hierzu um desto williger, da es ihm vorzüglich darum zu thun war, in den Städten Consuln oder sogenannte Podesta nach seinem Gefallen einzusetzen und seine Einkünfte durch den ihm versprochenen Tribut (30,000 Pf. Silber) zu vergrößern. -

Einige, als Pruckmann, (de regalibus Lps. 1551.) Regner Sextinus, (de regalibus. Mühlb. 1608.) Bocer, (de regalibus Tüb. 1608) Finkelthaus, (de regalibus.) Carpzov, (de regalibus majoribus s. majestatis.) sind der Meinung, daß diese Constitution auch für Deutschland darum verbindliche Kraft habe, weil sie

1) von einem deutschen Kaiser herrühre;

2) Radewich, (a. a. O.) Otto von Freisingen, (de reb. gestis; Erörtr. 1. Lib. 1. c. 19. Lib. 2. c. 3.) und Günther, (in Ligurino Lib. 8. v. 565.) bezeugen, daß der Kaiser die Ueberzeugung gehabt, daß die Länder zwar den deutschen Fürsten gehörten, sie die Regalien aber vom Kaiser trügen; weil

3) das longobardische Lehnrecht, in welchem sie aufgenommen (II. F. 56.) in Deutschland recipirt sey. Allein alle diese Gründe sind von wenigen Gewicht. Denn

a) wurde die Constitution vom Kaiser nicht in der Eigenschaft eines deutschen Königs, sondern in der eines Oberlehnsherrn über Italien gegeben, ohne Zuziehung der deutschen Stände, nicht für das freie Deutschland, sondern für das überwundene Italien;

b) die Ueberzeugungen und Maximen des Kaisers haben keinen rechtlichen Einfluß, die angeführten Zeugnisse beweisen entweder gar nichts, oder gerade das Gegentheil, wie das des Radewich. Aus der Erzählung des Otto, nach welcher Hartwich, Erzbischoff von Bremen, Ulrich, Bischoff von Halberstadt ihre Regalien und ihre Lehne auf den roncalischen Feldern, wo der Reichstag gehalten wurde, verlustig erklärt wurden, folgte weiter nichts, als daß sie darum nach der constitutio de expeditione romana solche verloren, weil sie den Kaiser auf dem Römerzuge ohne gegründete Ursache nicht begleitet hatten: Günther spricht blos von den Liguriern, vom römischen und nicht vom deutschen Reiche.

c) Wenn gleich die Reception des longobardischen Lehnrechts erfolgte, so geschah jene blos in Rücksicht der lehnrechtlichen Bestimmungen, nicht in Hinsicht derjenigen, wel-

welche das öffentliche Recht, die Verfassung der Lombardie, die Lombardischen Rechtsinstitute angehen.

Hiermit stimmen überein: Bertram, (von der ursprünglichen Gültigkeit der berufenen Constitution K. Friedrich I. von Regalien 2. F. 56. in Zepernick Samml. z. LR. Th. 1. n. 9. S. 129.) Eichhorn, (Einl. §. 265.) welcher noch hinzufügt, daß nicht einmal mit allen jenen Regalien dem Regenten ein Recht des Privateigenthums an Gegenständen zugesprochen wird, auf welche sie sich beziehen, sondern bei mehrern derselben die Rechte des Staats nur als ein Ausfluß der wesentlichen Hoheitsrechte betrachtet werden. (Ebend. RGes. § 362.)

Daß aber, wenn gleich diese Constitution nicht unmittelbar zur Anwendung kommt, aus der Analogie der Lombardischen Verfassung bei manchen Rechtsverhältnissen auch für die deutsche ein Argument herzunehmen, und jene Stelle des Lehnrechts auf die Bildung der neuern deutschen Verfassung entschiedenen Einfluß gehabt hat, ist unbedenklich.

§. 414. (M. §. 268.)

Das Staatseigenthum ist kein Grund- und Bodeneigenthum, auch nicht Quelle der Hoheitsrechte.

Staatseigenthum f) ist die Befugniß des Staats, alle Auswärtige von der Zueignung und dem Gebrauch des Staatsgebiets und der darin befindlichen Sachen auszuschließen. Gegenstände desselben sind:

f) Das pr. Landrecht Th. 2. tit. 14. §. 21 — 23. unterscheidet bei dem Staatsvermögen das allgemeine und besondere Eigenthum des Staats; zu jenem werden gezählt: Land- und Heer-Straßen, Ufer der Meere und die Hafen, die schiffbaren Ströme, das ausschließende Recht herrnlose Sachen in Besitz zu nehmen, die Befugniß verwirkte Güter einzuziehen, große Geldstrafen aufzulegen und Abzugsgeld zu fordern. Die Nutzungsrechte dieser Arten des Staatseigenthums, werden in §. 24. niedere Regalien genannt und das gemeine Staatseigenthum soll den Domainen völlig gleich geachtet werden, §. 25.

Unter dem besondern Staatseigenthum werden die Domainen und Kammergüter begriffen.

Das östereich. Gesetzbuch §. 287. unterscheidet 1) freistehende Sachen, welche allen Mitgliedern des Staats zur Zueignung überlassen sind; 2) allgemeines oder öffentliches Gut, d. h. Sachen, welche den Mitgliedern des Staats blos zum Gebrauch verstattet sind: als Heer-

1) das Staatsgut, im eigentlichen Sinne Staatvermögen; (Patrimonium reipublicae.)

2) das Privatvermögen, indem es als mögliches Mittel für den Staatszweck unter dem Schutze des Staats auch gegen Auswärtige steht;

3) herrenlose oder freistehende Sachen. (adespota.)

Mehrere Rechtsgelehrte sind nun der Meinung, daß das Staatseigenthum in einem Grund und Bodeneigenthum des regierenden Subjects, oder seiner Familie an dem ihm unterworfenen Staatsgebiet bestehe, als Hugo Grotius, (de iure belli ac pacis Lib. 2. c. 3. §. 19.) Hertius, (de superiorit. territ. §. 43.) Scheid, (de iuris publici et privati convenientia et differentiis: wo es heißt: imperans res in dominio habet, personas tam iussu dirigit.) Fischer, (Lehrbegriff sämt. Kammeral und Polizeyrechte B. 2. §. 547. Ebend. erbschaftliches Versendungsrecht. Reg. 1786. S. 13.) Biener, (de natura et indole dominii territor. germ. Hal. 1780. wo die Worte vorkommen: germania tota — regitur iure patrimoniali et herili. — Superioritas territorialis — cum ipsis territoriis in patrimonio est, ut patrimonialem et herilem haut inepte dixeris. — Ebend de origine et prog. legum P. 2. vol. 2. p. 211. not 5, wo er Posse zu widerlegen sucht.)

Allein aus bessern Gründen nehmen Andere, als Koppe, (Almanach der Rechtsgel. S. 165 — 177.) Zentner, (Diss. de different. iur. imperii ac dominii eorumque effectibus in regimina territ. Heidelb. 1793. §. 1 — 19.) Posse, (über das Staatseigenthum in den deutsch. Reichslanden. Rost. 1794. S. 10. 33.) Runde, (deutsch. PR. §. 101.) Danz, (Handb. d. f. PR. B. 1. §. 101.) Klüber, (öffentl. R. d. Bundes §. 329.) das Gegentheil an. Staatseigenthum, wenn

und Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seehafen und Meerufer; 3) Staatsvermögen, d. h. das, was zur Deckung der Staatsbedürfnisse bestimmt ist, als Domainen, Kammergüter und nutzbare Regalien.

Baierische Verfassungsurkunde Tit. 3. §. 1. Vom Staatsgut.

man darunter ein Grund- und Bodeneigenthum der regierenden Gewalt an dem ihr unterworfenen Territorium versteht, ist ungegründet; denn wollte man

1) solches annehmen, so würde

a) die Landstandschaft in einem solchen Lande ganz wegfallen, weil die Unterthanen kein wirkliches Eigenthum besäßen und denen gleich sein würden, welche eine Erbleiche an ihren Grundstücken besitzen, sonach sich auch alles gefallen lassen müßten, was der Grundherr als Bedingung des ihnen überlassenen Besitzes seines Eigenthums vorschriebe.

b) Eine andere Folge würde seyn, daß der Landesherr alles, was ihm einigermaßen Nutzen brächte, als Hoheitsrecht würde in Anspruch nehmen können, da ja das Ganze als Regal anzusehen sein würde. Dennoch würde alles, was sich über und unter der Erde und selbst in der Luft befindet und von Werth wäre, als Staatseigenthum anzusehen seyn.

2) Nach richtiger Beobachtung über die Entstehung der besondern deutschen Staaten (Pütter, Beitr. z. d. Staats- und Fürstenrecht Th. 1. n. 6. und n. 9.) kann zwar bei einigen kleinern Herrschaften, oder auch bei solchen deutschen Staaten, welche aus Verbindung einzelner einem Fürsten oder einer Familie eigenthümlich zugehörender Güter entstanden sind, ein wahres über Grund und Boden sich erstreckendes Eigenthum, mit welchem die Staatsgewalt verbunden ist, gedacht werden; wenn man aber in diesen Staaten dem Landesherrn ein über den ganzen Flächeninhalt des Landes ausgedehntes Staatseigenthum beilegen wollte, so würde dieß schlechterdings allen vernünftigen Principien zuwider seyn, denn in ihren Wirkungen sind Oberherrschaft oder Eigenthum wesentlich von einander unterschieden.

Auch ist der von Einigen, als Estor, (deutsche Rechtsgelahr. Th. 3. §. 2084.) Jargow, (Einl. zur Lehre von Regalien S. 27.) gemachte Unterschied zwischen Hoheitsrechten und Regalien, indem sie unter leztern nur

solche Rechte begreifen, welche dem Regenten gebühren, um durch sie die öffentlichen Lasten zu bestreiten, darum ganz zu verwerfen, weil diese Rechte aus der Hoheit abgeleitet werden müssen und weil sie, wenn sie aus dem Privateigenthum flossen, keine Hoheitsrechte seyn könnten, sondern jedem Besitzer aus dem nämlichen Grunde zustehen müßten.

§. 415. (M. §. 259.)

Die Hoheitsrechte werden am richtigsten in wesentliche und zufällige eingetheilt.

Nimmt man auf die Natur der Hoheitsrechte Rücksicht, so ist keine Eintheilung durchgreifender als die in wesentliche und zufällige: jene heißen die, welche schon in dem Begriff des Staats liegen, d. i., welche durch die vorgesezte Erreichung des Staatszwecks unmittelbar bedingt sind; diese, auch verleihbare, nutzbare Regalien genannt, sind die, welche dem Staat aus einem besondern Erwerbsgrund, mithin blos bedingungsweise oder unter festgesetzten Verhältnissen zustehen.

Hiermit stimmen überein: Schmauß, (comm. iur. pub. III. 2. 8.) Heuser, (Diss. de distinctione regalium inter essentialia et accidentalia. Goett. 1755.) Döhler, (v. Regalien S. 22.) Nettelblatt, (Erörtr. aus dem deutsch. Staatsrechte S. 250.) Hertlein, (über die ordentlichen Rechte der Majestät. Würzb. 1787.) Schmalz, (natürliches Staatsrecht §. 107. §. 196.) Klüber, (öffentl. Recht des deutsch. Bundes §. 99. Aufl. 1831.) Mittermaier, (a. a. O.)

Die gegen diese Eintheilung von Hoffmann, (Erörtr. in wie weit ist der Successor singularis zur Anerkennung der Verträge der Vorfahren verpflichtet? 1797. § 88.) gemachten Einwürfe sind ohne allen Gehalt. Dagegen werden von Andern sehr verschiedene Eintheilungen angenommen; so theilen

1) Einige solche ab, in beschränkte und unbeschränkte, als: Römer, (Diss. de iuribus maiestatis. Lpz. 1786. §. 2.) s. a. Klüber, (Bibliothek St. 5. S.

77 — 82.) Allg. Literaturzeitung 1798. n. 156. Pfeiffer, (über die Grenzen der Patrimonial-Jurisdiction. Gött. 1806. S. 4 — 10.)

2) Andere in allgemeine und besondere Hoheitsrechte und verstehen unter jenen alle, welche sich an sämmtlichen im Staate vorkommenden Objecten ohne Unterschied äußern, unter diesen, welche einen besondern Gegenstand betreffen: s. Pütter: (Inst. iuris publici §. 215.) Häberlin, (Handbuch d. deutsch. Staatsrechts. B. 2. §. 215.) Schnaubert, (Staatsrecht der gesammten Reichsstädte § 62. n. 1.) Leist, (deutsch. Staatsrecht §. 82.)

3) Noch Andere unterscheiden benutzbare oder Finanzregalien, (einträgliche, lucrative, Kammerregalien,) die zugleich als Quelle der Staatseinkünfte betrachtet werden, oder sich auf die Erhebung derselben beziehen, und unbenutzbare s. Pütter, (a. a. O.) Schmalz, (a. a. O. §. 199.)

4) Einige unterscheiden höhere und niedere, doch herrscht eine große Verschiedenheit in Rücksicht der Erklärung, s. Böhmer, (princ. iur. feudal. §. 63.) vergl. Pr. Landrecht. Th. 2. tit. 13. §. 24.

5) Manche machen einen Unterschied zwischen regalia iuris publici und privati. Mascov, (pr. iuris pub. germ. p. 459.) regalia ecclesiastica, s. sacra, politica, s. profana s. Pütter, (a. a. O. § 215.) Regalia feudalia et non, — personalia s. maiestatis et fiscalia. Jargow, (von Regalien S. 43. 45. 48) Döhler, (v. Regalien S. 23.) Regalia primae et secundae classis — directae und indirectae. Lotz, (Begriff der Polizei S. 14.)

6) Mehrere unterscheiden: potestas legislatoria, executiva, wohin die iudiciaria und punitiva gehöre, inspectiva, repraesentativa und cameralis. Schlözer, (allg. Staatsrecht §. 5.) auch Gönner, (Staatsrecht §. 274.) Zachariä, (iurisprud. civitatum, quae foederi rhn. adscriptae sunt §. 38.) unterscheidet: regalia formalia, materialia, theilt letztere in obiectiva (interna und externa) und subiectiva. s. übrigens noch Gräbe, (über

die Eintheilungen und Grundsätze der Regalien und Souveränitätsrechte. Rint. 1808.) Hagemeister, (von der Eintheilung der Regalien; im Anhange zu der von ihm übersetzten Abhandl. des Schnaubert: auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze nicht gebunden. Rostock 1795. 8.)

§. 416. (M. §. 260. n. 6.)

Das possessorium summarissimum hat in Regaliensachen statt.

Die Meinung Einiger, als: Lyncker, (analect. ad Dig. Lib. 43. Tit. 1. §. 7.) Oldendorf, (Class. 2. act. 4. n. 5.) Hertius, (Diss. de quasi possidente probante. Sect. 2. §. 9. und in Opusc. Vol. 1. T. 3. p. 217.) und Bilderbeck, (gründliche Deduction gegen die vermeint. Regalität der Jagden. Kap. 3. Sect. 1.) Hommel, (Rhaps. quaest. obs. 146. u. 553.) geht dahin, daß die Unterthanen gegen den Regenten im possessorio summarissimo so lange zu schützen sind, bis von Seiten des Fiscus der Kammer- oder Privatgüterverwaltung (die Chatulle) in ordinario der ältere und bessere Besitz, in dem Petitorio aber das Recht selbst, worüber der Streit obwaltet, dargethan ist.

Andere aber sind der entgegengesetzten Meinung, als: Baldus, (in L. 2. C. quomodo et quando iud.) v. Ludolf, (Obs. for. T. II. ob. 198. p. 535.) Mevius, (P. 4. Dec. 356.) Pistorius, (Lib. II. 9. 46.) Stryck, (D. de necessitate edendi titulum poss. c. 3. und im usus mod. ad tit. de iurisdict. §. 27.) Textor, (Diss. de possessorio iurisdict. §. 7.) Wernher, (Observ. for. P. II. ob. 366.), welcher jedoch seine Meinung nachher (in P. VIII. obs. 439.) beschränkt.

Noch Andere, als: Berger, (electa proc. posses. §. 26.) Postel, (de manut. en. obs 42.) Leyser, (Sc. 449. med. 8. 9.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Codex iudiciarius C. 3. §. 5. tit. 61.) sind der Meinung, daß der Besitz von zehn Jahren nothwendig sey, um das possessorium summarissimum zu begründen.

Manche unterscheiden: ob der Streit zwischen dem Landesherrn als Privatperson, oder in der Eigenschaft als Regent mit den Unterthanen vorhanden sey, die Patrimonial- oder Chatullgüter den Fürsten betreffe oder Staatsgüter: in jenen Fällen finde das possessorinm summarissimum statt. Dieser Meinung sind außer **Baldus**, **Pistorius**, **Wernher**, **Leyser**, a. a. O. auch **Brunnemann**, (ad L. 5. u. 6. D. de interrog. in iure fac.) **Kind**, (Quaest. for. Tom. 1. obs. 146. p. 187.) in dem letztetn Falle sey aber auf den Gegenstand selbst Rücksicht zu nehmen:

1) wenn wahre Staatsdomainen vorhanden, die in Besitz der Unterthanen gekommen, so könne die das possessorium summarissimum nicht schützen, indem diese Güter als unveräußerlich angesehen werden, oder zur Veräußerung die Einwilligung der Landstände oder Unterthanen vorhanden seyn müsse. g)

g) So erklärt das pr. **Edict** v. 17ten Dec. 1808, daß sie nur dann veräußert werden können, wegen Bedürfnisse des Staats. Nach dem **bay. Prä.** vom 20sten Oct. 1804. §. 10. 11. sind Veräußerungen, Verpfändungen, Infeudationen, Reinfeudationen, Expectanzen auf Staats- und Kammergüter verboten. Auf diese bezieht sich auch die Verfassungsurkunde Th. 3. § 3., welchen aber in §. 5. eine besondere Ausnahme hinzugefügt ist.

Wenn aber nach dem particulären Staatsrechte oder einem besondern Rechtstitel solche sich in dem Eigenthum des Regenten oder fideicommissarischen Haus- oder Familien-Eigenthum des Regentenhauses befänden, gesetzt auch, daß etwa aus andern Gründen einem Dritten Successionsrechte gebühren, so stände der Veräußerung nichts im Wege, sobald solche dem Staatszweck nicht entgegen sey, und überdieß in dem Falle der Eigenschaft eines Familieneigenthums, Einwilligung der Successionsberechtigten hinzukommt; sonach könnten sie auch von den Unterthanen erworben werden, und folglich auch das possessorium summarissimum statt finden.

Hiermit stimmen überein: **Leyser**, (de assentationibus ICtorum et doctrina de domaniis c. 3. Sect. 2. §. 22.) **Hommel**, (Rhaps. quaest. in foro obvenient. T. 1. obs.

146.) Göckel, (Possessorium summarissimum an et quatenus advers. principem a subditis possit institui. Erlang. 1798. §. 15.)

Das Gegentheil nehmen an: Stryck, (Diss. de act. investig. Sect. IV. c. 3. n. 115.) Choppin, (de dominio franciae Lib. 3. tit. 11.) Petermann, (Diss. de valore poss. sum. adv. Principem S. R. J. regalia vindicantem a subdito instituti. Lpz. 1731. §. 12.) Kind, (quaest. for. T. 1. c. 45. p. 187.)

2) Wären Regalien der Gegenstand, so sey ein wichtiger Unterschied zwischen verleihbaren und denen, die solche nicht sind; in jenem Falle finde das possessorium summarissimum statt; denn so wie dem Vasall gegen den Lehnsherrn dieses Rechtsmittel zustehe, wenn er von demselben im Besitz oder Ausübung desselben gestört wird, Wernher, (P. II. obs. 530.) so stehe auch einem Unterthanen gegen den Landesherrn dieses Rechtsmittel zu; hierzu komme aber noch, daß der Rechtsstreit, welchen der Regent mit den Unterthanen führt, nicht als eine öffentliche Angelegenheit, sondern als Privatsache zu betrachten, und von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden sey. [b])

b) Kaiserl. Wahlap. art. XIX. §. 6. Wenn auch Landesstände und Unterthanen wider ihre Obrigkeit in Privatsachen, welche die landesfürstliche Kammer betreffen, Klage führen, so sollen wir diese bei ihren ordentlichen Landgerichten entscheiden lassen. — Bay. Verfassungsurkunde Tit. VIII. §. 5. der königl. Fiscus wird in allen streitigen Privatverhältnissen bei dem königl. Gerichtshöfen Recht nehmen.

Hiermit stimmen überein: Textor, (Diss. de poss. iurisd. th. 79. th. 90.) Reinbarth, (Select. obs. ad Christinaei decis. Vol. 1. p. 38. n. 6. p. 82.) Hommel, (Rhaps. quaest. in foro obvernient. T. I. obs. 146. T. IV. obs. 553.) Bilderbeck, (gründl. Deduction gegen die vermeintl. Regalität der Jagden. Celle 1723. S. 161.) Struben, (gründl. Unterricht von Regierungs- und Justizsachen Sec. III. §. 14. n. c. S. 63.) Pufendorf, (Indrod. in proc. civil. P. 1. §. 13. p. 88.) Meister, (pract. Bemerkungen aus dem Civil- und Kriminalrecht. B. 1. Bemerk. 23. n. 10. S. 195.) Das Gegentheil be-

haupten in sofern Mehrere, daß sie zwar das possessorium summarissimum gegen den Regenten gestatten, aber zugleich die Edition und den Beweis des Rechtstitels fordern. Die Anhänger dieser Meinung haben deßhalb auch eine neue Eintheilung des possessorium in das merum und mixtum erfunden, und verstehen unter jenem dasjenige, was nicht erworben werden kann, unter diesem, wo außer dem Besitz auch der Titel anzugeben und zu erweisen sey.

Die Gründe, welche zur Unterstützung angeführt werden, sind:

a) Regalien gehören dem Regenten, sonach seyen Unterthanen von Erwerbung derselben einzuschränken; habe der Regent einem Unterthan die Ausübung eines Regals überlassen, so hätte er von dem allgemeinen Gesetz dispensirt; Dispensationen lassen sich nicht vermuthen, sondern müssen erwiesen werden.

b) Da die Erwerbung gegen das allgemeine Gesetz anstoße, und der Besitz vitiös sey, so müsse auch der Unterthan den Titel ediren, und die Rechtmäßigkeit des Besitzes bescheinigen.

c) Die Vermuthung sey, daß die Regalien ihre ursprüngliche Beschaffenheit hätten, so lange dieß der Unterthan darzuthun im Stande sey, daß ihm das Regal verliehen sey; von diesem Beweise könnten sie nicht befreit werden, indem überhaupt derjenige, welcher sich eine fremde Sache angemaßt, dazu verbunden sey; wie z. B. bei der quasipossessio der Servituten.

d) Der Regent sey bei diesem Rechtsstreit als Beklagter anzusehen, indem er entweder den Unterthan in der Ausübung des Regals störe, oder durch mandata inhibitoria den zukünftigen Gebrauch untersage: nun bestimme aber die L. 1. §. 9. D. uti possid. ei qui vi, clam aut precario, possidet non prodesse possessionem; hieraus ergebe sich, daß der, welcher von seinem Gegner besitze, außer dem Besitz nothwendig noch zu beweisen habe, daß er nicht vi, clam aut precario besitze.

e) Der, dem eine Sache gehöre, habe auch die Befugniß, zu verhindern, daß Niemand ohne seinen Willen

einen Gebrauch davon mache, es könne daher von einer Turbation nicht eher die Rede seyn, als bis der Andere dargethan, daß er ein Recht habe.

f) Der Besitz des Regals sey dem gemeinen Recht zuwider, sonach sey auch die Vermuthung, daß der Unterthan ein malae fidei possessor sey. Es könne daher auch das Possessorium summarissimum ihm nicht zustehen, sondern er sey zur Edition des Titels verbunden.

Dieser Meinung sind: Petermann, (Diss. de valore possessorii summarissimi adv. principem §. 7.) v. Ickstadt, (gründliche Abh. von Jagdrechten. Nürnb. 1749. Th. 3. §. 4.) Stryck, (Diss. de necessitate edendi titulum C. 3.) Wernher, (P. II. obs. 366.) Textor, (Diss. de poss. iurisd. §. 7.) Kind, (Quaest. for. T. 1. C. 45. p. 188.) Pfotenhauer, (Abh. über das gerichtl. Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betr. Lpzg 1797. §. 14.) Klein, (merkwürdige Rechtssprüche der hall. Juristen-Facultät. B. 1. n. XIX.)

Allein bei näherer Beurtheilung der angeführten Gründe findet sich, daß sie von sehr geringer Bedeutung sind. Denn

a) stützt sich das Ganze auf den Grundsatz: die Unterthanen sind unfähig zum Erwerb der Regalien; und dennoch sind die Gegner selbst der Meinung, daß die Unterthanen sowohl titulo lucrativo als onoroso die Regalien erwerben können: wie können sie nun behaupten, daß der Besitz der Unterthanen an verleihbaren Regalien selbst vitiös sey, bis nicht der Procurator fisci dargethan hat, daß der Unterthan vi, clam aut precario besitze. Für den Besitzer entsteht die Vermuthung der Rechtmäßigkeit; die Untersuchung hierüber gehört in das petitorium.

b) Was den dritten Grund insbesondere betrifft, so kann eine solche Vermuthung bei der Verhandlung im possessorio summarissimo keinen Einfluß haben, wohl aber kann sie im petitorio bewirken, daß der Besitzer den Beweis führen muß, daß er eine rechtmäßige Concession erhalten habe.

c) Eben so hinfällig sind die übrigen Gründe: das angeführte Gesetz kann nicht hierher bezogen werden. Was

insbesondere die Behauptung betrifft, daß der Unterthan den Titel des Besitzes anzugeben habe, so widerspricht dieß der Natur des possessorii summarissimi; denn die editio tituli gehört zum Beweise der Qualität des Besitzes. Wenn aber über die Qualität ein Streit obwaltet, so versirt der Streit nicht im summarissimo, sondern im possessorio ordinario: denn die editio tituli kann blos dann gefordert werden, wenn der Einwand eines unrechtmäßigen Besitzes zu machen ist, welcher im possesorio ordinario zwar statt findet, nicht aber im summarissimo, indem hier blos auf das Factum Rücksicht genommen werden kann und nur auf das, was in continenti liquid zu machen ist. Niemand kann aber behaupten, daß, wenn der Procurator fisci die exceptio injustae possessionis dem Unterthan vorschützt, welcher ein verleihbares Regal besitzt, dieser aber den Titel nicht darthun kann, jener Einwand als liquid zu betrachten sey; ist er nun nicht als liquid anzusehen, so kann auch dem Unterthan der Besitz nicht sogleich entzogen werden, denn der Prozeß fängt nicht mit der Execution an.

Bei unverleihbaren Regalien ist ein ganz anderes Verhältniß. Die Unterthanen können solche nicht erwerben, folglich können sie sich auch nicht mit dem possessorio summarissimo schützen.

3) Sind **öffentliche Abgaben** der Gegenstand, so ist es unbedenklich, daß das possessorium summarissimum statt findet, indem die Befreiung von denselben durch Privilegien und unverdenkliche Verjährung erworben werden kann.

Hiermit stimmen alle diejenigen überein, welche die Befreiung von öffentlichen Abgaben durch die unverdenkliche Verjährung zulassen, als **Pütter**, (Princ. jur. pub. germ. §. 258.) **Westphal**, (deutsch. Staatsrecht S. 159.) **Ledderhose**, (kleinere Schriften Th. **1.** n. **11.** S. 287.) Das Gegentheil wird unter andern angenommen von **Westphal**, (de praes. immunitatis a tributis praes. quod aerar. Sax. Lpz. 1779.)

Was die Befreiung von Einquartirung betrifft, so

wird von Einigen eine Zeit von dreißig, längstens vierzig Jahren angenommen: als von Harpprecht, (Diss. de immunitate a collectione conventionali n. 23.) Hoffmann, (Diss. de munere et immunitate metatorum militarium §. 24. p. 38.)

§. 417. (M. §. 260. n. 8.)

Wenn Abstufungen bei einem Regal vorhanden, so ist die Vermuthung, daß blos das niedere verliehen sey.

Wenn ein Regal auf andere Art als durch die Verleihung erworben worden ist, so findet die angegebene Vermuthung nicht statt. Der Grund von diesem Satz ist der, weil Veräußerungen nicht zu vermuthen sind. Diese Regel leidet dann eine Ausname, 1) wenn unter den gebrauchten Worten der Verleihung alle Gattungen des Regals begriffen sind. So können, wenn die Ausdrücke gebraucht sind, mit allen Gerichten, beide Gattungen der Gerichtsbarkeit, sowohl die höhere als die niedere verstanden werden; (Meister, Abh. des peinl. Prozesses Sect. 1. c. 2. §. 26. Th. 3. p. 440.) 2) wenn das höhere mit dem niedern unmittelbar zusammenhängt.

Hiermit stimmen überein: Finckelthaus, (in controv. jur. Disp. 3. Contr. 12. Ebend in Observ. pract. Obs. 41.) Struv, (syntagma iur. feudalis Cap. 6. §. 18. n. 4.) Ludovici, (in colleg. iur. feud. Disp. 4. th. 4. §. 47.) Möller, (Dist. iur. feud. C. 9. Diss. 2. p. 275.) Semler, (über das Hoheitrechtslehen in Hagemann und Günther Archiv Th. III. n. 5.) Weber, (Handbuch des Lehnrechts Th. 2. S. 199.) Eichhorn, (Einl. §. 266. n. III.)

Dagegen nehmen Andere an: daß die Regalien nicht im strengen, sondern weitern Sinne zu nehmen sind; als: Carpzov, (Part. II. const. XL. def. 6.) Mevius, (P. IV. dec. 296.) Coler, (de proc. exc. P. 1. C. 1. n. 155.) Besold, (consil. 270. n. 18.) Stryck, (Diss. de iurisd. circumsepta C. III. n. 23.)

Sie berufen sich auf die römischen Gesetze, theils auf den gemeinen Satz: daß gegen den die Auslegung zu ma-

chen, der deutlicher hätte reden sollen; theils auf die L. 69. de legat. 3. dann L. 1. §. 3. de allodialibus L. 3. D. de const. princ.

Allein, was zuerst den gemeinen Satz betrifft, so kann auf denselben erst dann recurrirt werden, wenn uns alle übrigen Regeln der Auslegung verlassen, und es hätte vielmehr derjenige klarer reden sollen, der sich auf einen besondern Vortheil beruft, und gegen den die angeführte Vermuthung streitet, daß der Regent nur das geringere Recht habe verleihen wollen. (v. Glück, PCom. Th. 1. §. 99. Böhmer, Diss. de eo, qui clarius loqui debuisset, in Exercit. ad D. Tom. III. Ex. XXX.)

Was das erste angeführte Gesetz betrifft, so folgt aus den Worten des Marcellus nichts weiter, als daß man die Worte in ihrer eigentlichen und gewöhnlichen Bedeutung annehmen soll, wenn nicht aus den besondern Umständen erhellt, daß derjenige, welcher sie gebrauchte, einen andern Sinn damit verbunden habe, keinesweges aber, daß jedes Wort bei einer Verleihung in dem vorzüglichsten Sinne zu nehmen sey. In dem zweiten angeführten Gesetz stellt Ulpian den Grundsatz auf, daß unter dem Ausdruck Genus auch die Species begriffen sey; allein hieraus läßt sich kein Argument hernehmen; und was endlich das dritte Gesetz betrifft, wo Javolen den Ausspruch thut: beneficia principis latissime sunt interpretanda, so sagt dieser weiter nichts, als daß das vom Regenten ertheilte Privilegium die Wirkung haben soll, welche er ihm beilegt, nicht aber, daß das Privilegium auf die Fälle ausgedehnt werden soll, welche gar nicht in der Absicht des Regenten lagen, und auf welche er seine Verleihung nicht erstrecken wollte. Mit dem Worte latissime ist daher keinesweges der Begriff verbunden, der mit dem Worte extensive verbunden ist.

Ferner wird noch zur Unterstützung dieser Meinung das canonische Recht angeführt, und zwar das C. 6. X. de donat. wo es heißt: in contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficiis quoque plenissima interpretatio adhibenda. Allein diese Bestimmung Innocenz III. geht

blos auf den Fall einer Schenkung, welche zu Gunsten einer frommen Stiftung gemacht ist. Gonzalez Telles, Comment in Decret. ad h. cap. T. III. p. 230.)

§. 418. (M. §. 260. n. 9.)

Regalien können gegen den Fiscus nur durch unverdenkliche Verjährung erworben werden; wo aber ein solches Recht schon in die Hände eines Privatmannes gekommen, ist auch die gewöhnliche Verjährung hinreichend, wenn das dadurch entstandene Privatrecht als solches eine Verjährung mit bestimmter Zeit zuläßt; ist das Hoheitsrecht mit einem Grundstück verbunden, so findet die Verjährung statt, welche in Ansehung des Grundstücks eintritt.

1) Verleihbare Regalien können durch ein Privilegium erworben werden; (Wernher, T. 1. P. IV. obs. 5. n. 93.) sonach, da die unverdenkliche Verjährung dem Privilegium gleich zu achten, auch durch diese.

2) Der Grund der unverdenklichen Verjährung liegt in der Vermuthung, daß der, welcher ein Recht seit Menschengedenken besitzt, solches auf rechtmäßige Art erworben hat; (Leyser, Spec. 461. med. 9. u. 10. Böhmer, Introd. in ius digest. Lib. 41. tit. 3. §. 28.) es ist eigentlich keine Verjährung, sondern eine Rechtsvermuthung der rechtmäßigen Erwerbung. (Günderrode sämmtl. Werke, Ausgabe von Posselt Th. 2. S. 208.)

3) Die unverdenkliche Verjährung ist als gemeinrechtlich anzusehen, und ist in Cap. 26. X. de verb. sing. ausdrücklich anerkannt. Innocenz III. sagt hier in einem Schreiben an den Grafen Raimund zu Toulouse: Praeterea cum pedaja, guidagia, salinaria tibi legatus interdixerit memoratus: auctoritate apostolica duximus declarandum, illa esse pedagia, salinaria, guidogia interdicta. quae non apparent imperatorum, vel regum, vel ex antiqua consuetudine a tempore, cuius non extat memoria, introducta.

4) Auch läßt sich dieses nach der Analogie der Reichsgesetze annehmen: Reichsabh. v. 1548. §. 56. 59.: kays. WahlC. Art. IX. §. 7. indem in denselben bestimmt

ist, daß die Befreiung von öffentlichen Abgaben, dann das Münzrecht durch die unverdenkliche Verjährung erworben werden kann. In der angeführten RA. §. 59. wird zwar blos die Erwerbung der Steuerfreiheit durch Verjährung als möglich vorausgesetzt; welche Art diese Verjährung sey, ist nicht gesagt. Da aber von einer Verjährung mit bestimmten Verjährungsfristen nicht die Rede ist, und namentlich das römische Recht eine Anwendung der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung auf die Steuerpflichtigkeit nicht erlaubt, (vergl. L. 6. C. de praesc. XXX. vel XL. annor.) so kann natürlich nur eine unverdenkliche Verjährung gemeint seyn. Winckler, (Praesc. immunitatis a tributis, praesertim quoad aerarium publicum Saxonic. impugnata. Lpz. 1779.)

Hiermit stimmen überein: Neureutter, (de iusto ac iniusto regalium usu C. 4. §. 3.) Hertius, (de superioritate territoriali. §. 62. n. 12.) Henniges, (med. in Inst. Pac. mantissa 1. ac spec. IV. §. 20.) Brückner, (Tr. de dominio cap. X. §. 31.) Carpzov, (iurisp. for. P. II. const. 3. Def. 24.) Cocceji, (Diss. de praesc. immemoral. C. IV. th. 4. Stryck, (Usus mod. Pand. Lib. 2. tit. 1. §. 27.) Wernher, (P. IV. obs. 5. n. 87.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Codex max. Th. 2. §. 3. n. 10.) Böhmer, (Deciss. et Consult. T. III. P. 3. cons. 658. n. 5. u. cons. 661. n. 8.) Leyser, (Spec. 441. med. 7. u. 8.) Harpprecht, (Diss. de praesc. immunitatis a collectis c. 2. th. 40. n. 184.) Hofmann, (Diss. de munere et immunitate metatorum militarium. Tub. 1751. §. 24.) Westphal, (deutsch. Staatsrecht S. 159.) Hofacker, (Princ. iur. civil. T. 2. §. 986.) Gökel, (Poss. summarissimum an et quatenus adv. principem a subd. possit institui. §. 18. Erl. 1798.) Unterholzner, (Verjährungslehre Th. 2. §. 199. S. 421.)

Dagegen sind Andere der Meinung, daß auch durch die unverdenkliche Verjährung kein Regal erworben werden kann, als: Thomasius, (Diss. de praes. regalium ad iura subditorum non pertinente. Hal. 1696. c. 3.) Pursmeister, (tr. de iurisdictione Lib. 1. c. 23. n. 28.) Ins-

besondere auch res domaniales und fiscales, als: Lyncker, (Resp. Lib. 1. n. 2.) s. a. Ockel, (Tr. de praesc. immemor. Hal. 1707. c. 3. th. 23.) Kreß, (Diss. de natura et indole vetustatis s. praesc. imemor. Hal. 1734. c. 3. §. 13.)

Von jener richtigen Meinung finden aber doch zwei Ausnahmen statt:

1) wenn das Hoheitsrecht durch Vergleichung oder unverdenkliche Verjährung in die Hände der Privatpersonen gekommen ist, so unterliegt es der Verjährung mit bestimmten Zeitabläufen, wenn das dadurch entstandene Privatrecht als solches eine Verjährung mit bestimmter Zeit zuläßt: z. B. das Jagdrecht, wenn es als eine Dienstbarkeit zu beurtheilen ist;

2) wenn das Hoheitsrecht mit einem Grundstück verbunden ist, so ist die Verjährung hinreichend, welche in Ansehung des Grundstücks eintritt, z. B. wenn es ein Lehngut, Rittergut ist.

§. 419. (M. §. 263.)

Forstregal, Forstrecht und Waldrecht sind wesentlich von einander unterschieden.

Forst ist ein aus Wäldern und Feldern bestehender District, worin der allgemeine Gebrauch des Holzes und das Jagen untersagt ist und unter der Aufsicht eines Beamten steht.

Das Regal an Forsten, Forstregal (forstliche Herrlichkeit oder Obrigkeit, superioritas forestalis) ist der Inbegriff der aus der Staatsgewalt fließenden Befugnisse über die im Staate befindlichen Forsten. In demselben sind die allgemeinen Hoheitsrechte begriffen, als: die höchste Aufsicht über das Forstwesen, die Forstgesetzgebung, die Forstpolizei und die Gerichtsbarkeit. Es erstreckt sich über alle Staats-, oder Dominical- und alle Communal- und Privatwaldungen.

Das Forstrecht, d. h. das Recht an dem Forst, und das noch von demselben zu unterscheidende Waldrecht sind

sind Befugnisse, welche in dem Eigenthumsrecht enthalten: jenes besteht in dem Aufseherrecht über die Forsten, in der Forstpolizei, Bestellung der Forstaufseher, Führung der Waldaxt; dieses aber in der Befugniß Holz zu fällen, Recht der Mastung- und Eichellese, und andern Waldnutzungen, dann in dem Rechte der Jagd. Forstrecht kommt auch in uneigentlicher Bedeutung vor, als Abgabe für den Gebrauch des Waldes. Hund, (metrop. Salisburg 2. p. 367.)

Beide Rechte können in einer Person vereinigt, aber auch von einander getrennt seyn. So steht dem Standesherrn das Forstrecht und Forstgerichtsbarkeit über die in den standesherrlichen Gebieten befindlichen Forsten zu, (deut. Bundesacte Art. 14.) obgleich das Waldrecht einer Privatperson, oder Commune zustehen kann.

Hiermit stimmen überein: Brauer, (Beiträge zu einem allgem. Staatsrecht d. rhein. Bundesstaaten. Carlsruhe 1807. n. 23. 24.) Winkopp, (rhein. Bd. 17. n. 35.) Klüber, (öffentl. Recht d. deutsch. B. §. 451.)

Andere dagegen unterscheiden Forsthoheit und Waldrecht, oder Forstrecht im engern Sinne als: Spangenberg, (von forstlicher Herrlichkeit und Gerechtigkeit 1511.) Beck, (de iurisdictione forestali, von der forstlichen Obrigkeit, Forstgerichtsbarkeit und Wildbann. Nürnb. 1733.) Runde, (deutsch. PR. §. 140.) Danz, (Handb. d. deutsch. PR. B. 2. 140.)

Noch Andere unterscheiden die höchste Forstaufsicht und Forstgerichtsbarkeit, als: Jacob Moser, (von der Landeshoheit in Ansehung auf Erde und Wasser S. 70.) v. Moser, (Gedanken über die Grenzen der landesherrlichen Rechte, in Ansehung des Forst- und Jagd-Eigenthums der Unterthanen; in dem Forstarchiv Th. 8. S. 136.) Römer, (churf. Staatsrecht Th. 2. S. 787.) vorzüglich Biener, (D. de suprema principis in silvas inspectione. Lipz. 1796.), welcher in §. 23. den Begriff dahin giebt: superioritas territorialis, seu ut accuratius loquamur, suprema inspectio vi superioritatis territorialis competens, qua-

tenus in silvarum territorii dominio, eiusque usu et administratione, i. e. tota re forestali definienda et regenda versetur, und tadelt im §. 24 diejenigen, welche unter die forstliche Hoheit zwei Befugnisse, nämlich die Forstgesetzgebung und Forstgerichtsbarkeit bringen: denn die Gerichtsbarkeit sey kein Theil der Forsthoheit, sondern der Jurisdiction.

Mittermaier, (a. a. O.) sagt: ein Forstregal als die ausschließende Befugniß des Fiscus, alle Bäume, die auf dem Eigenthume von Privatpersonen wachsen, eigenthümlich zu benutzen, existirt gemeinrechtlich nicht, und selbst in dem Sinne, daß die Staatsgewalt die Befugniß hat, die Ausübung der Forstrechte in Privatwaldungen unter landesherrliche Verwaltung zu stellen, oder daß kein Unterthan in seinen eigenen Waldungen ohne Anweisung des landesherrlichen Försters Holz fällen darf, giebt es kein Forstregal gemeinrechtlich. Eichhorn, (Einl. §. 280.) bemerkt, daß bei den Rechten des Landesherrn an Waldungen überhaupt (Forsthoheit, Forstregal in dem weitern Sinne) zwei Bestandtheile zu unterscheiden sind: 1) die Forsthoheit im eigentlichen Sinne, (forstliche Obrigkeit) welche die in der Staatsgewalt enthaltenen Rechte über die Waldungen umfaßt, und ein Theil der Polizeigewalt ist. Diese begreift das Recht, Forstordnungen zu geben, die Ausübung von Berechtigungen in den landesherrlichen Forsten oder Privatwaldungen, die Ausübung von Eigenthumsrechten der besondern Aufsicht landesherrlicher Forstbeamten zu unterwerfen. 2) Das Forstregal [k]) im eigentlichen Sinne, welches die im Forstbann ursprünglich enthaltenen Rechte begreift, insbesondere die Leitung der Forstöconomie, dann die Forstgerichtsbarkeit, als eine Art der Polizeigerichtsbarkeit; überhaupt, bemerkt er am Ende, liegt die Forstgerichtsbarkeit in der niedern Gerichtsbarkeit.

k) In der Note k) wird bemerkt, daß wenn in dem Artikel 14. der d. Bundesacte nur der Forstgerichtsbarkeit erwähnt werde, so folge doch aus der baierisch. Verordn. v. 1807. die dem Standesherrn die Forst- und Jagdpolizei einräumt, und zur Erklärung der Bundesacte dienen soll, daß demselben das Forstregal im eigenen Sinne zustehe. Nimmt man Forstregal in der eigentlichen Bedeutung, so kann es dem Standesherren nicht zustehen, und was das letztere anbetrifft, s. Klüber, öffentl. R. §. 307. not. a.

§. 420. (M. §. 263. n. I.)

Keinem Unterthanen ist erlaubt, ohne Anweisung des landesherrlichen Försters selbst in seinen Waldungen Holz zu fällen.

Einige sind der Meinung, daß diese Befugniß des Landesherrn blos darauf zu beziehen sey, daß er Verordnungen geben könne in Ansehung der Zeit, der Art und Quantität des zu fällenden Holzes, sonach daß die Fällung der Bäume nicht zu frühzeitig erfolge, auch nicht in zu großer Anzahl, damit keine Holzverwüstung entstehe. Dieser Meinung sind: Cramer, (Nebenstunden Th. 5. S. 47. Th. 27. S. 163. 179. Th. 33. S. 39.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 2. n. 102. §. 3. S. 285.) Moser, (Gedanken über die Grenzen der landesherrlichen Rechte in Ansehung des Forst= und Jagdeigenth. der Unterthanen; im Forstarchiv. Th. 8. S. 138.)

Dagegen aber nehmen Andere an: daß dem Regenten vermöge der Forsthoheit die Befugniß zustehe, die Unterthanen zu verhindern, in ihren Waldungen ohne Anweisung des landesherrlichen Försters Holz zu fällen, doch so, daß ohne besondere Gründe ihnen solches nicht verweigert werden könne, auch solche unentgeldlich geschehen müsse.

Dieser richtigen Meinung sind: Westerholz, (de iurisdictione forestali C. 5. O. 63.) Krebs, (de ligno et lapide Part. 1. Class. IV. Sec. 17.) Ludolf, (in fasc. sent. cam. sent. 14.) Beck, (de iurisdict. forestali C. 12. §. 7.) Reinhart, (de iure privatorum circa sylvas ad modum restricto §. 7. 59.) In dem von Struben (a. a. O.) angeführten Urtheil der Tübinger Juristen=Facultät. Fischer, (Cameral= und Polizeirecht B. 2. S. 824.) Danz, (Handb. d. d. PR. Th. 2. §. 144.) Biener, (Diss. de suprema principis in silvas inspectione legib. patr. illustrata. Lpz. 1796. §. 33. p. 36.)

Zur Unterstützung dienen folgende Gründe:

1) Dieses Recht ist schon in den Salischen Gesetzen Tit 27. §. 28. bestimmt, es heißt hier: si quis arborem post annum, quam fuerit signata, priserit, nullam ex inde habeat culpam, si quis infra annum eam copulaverit CXX

Den. qui faciunt fol. III. culpabilis iudicetur. (Eckart, Comment. ad h. l.)

2) Würde, wenn dem Eigenthümer des Waldes die freie Befugniß überlassen wäre, der größte Nachtheil und unwiederbringlicher Schaden entstehen können; der Staat aber hat dafür zu sorgen, daß die Holzverwüstung verhindert werde.

§. 421. (M. §. 263.)

Die Forstgerichtsbarkeit ist in der Patrimonialgerichtsbarkeit begriffen.

Die Forstgerichtsbarkeit besteht in der Bestrafung der widerrechtlichen Ausübung der Eigenthums- und Nutzungsrechte und der Beeinträchtigung derselben in den Waldungen.

Der Gegenstand derselben sind nicht Forstverbrechen, welche criminell behandelt werden, auch nicht bürgerliche Streitigkeiten über das Forsteigenthum, Beholzungsrecht und andere auf Forsten und Waldungen sich beziehende Befugnisse, sondern in der Regel sind es blos die Gegenstände, welche die Erhaltung der Forsten in ihrem gesetzmäßigen Zustande betreffen.

Forstfrevel ist eine jede Handlung, wodurch Jemand, ohne gerade einen Diebstahl zu begehen, sich an den Rechten über einen Forst hinsichtlich der Wald- und Jagdnutzung vergreift.

Die Forstgerichtsbarkeit ist eine Art der Polizeygerichtsbarkeit, da nun die Patrimonialgerichtsbarkeit die niedere Polizey unter sich begreift, (von Berg, Polizeyrecht Th. 1. S. 24. 210.) so kann dem Gerichtsherrn die Ausübung der eigentlichen Forstgerichtsbarkeit, die Bestrafung der Forst- und Waldfrevel, die Beziehung der Geldstrafen nicht abgesprochen werden, indem demselben die Vollstreckung der Polizeigesetze, die Aufsicht über ihre Beobachtung und Befolgung und die Bestrafung der Uebertreter der Regel nach zukommt. Es ist auch kein Grund vorhanden, warum gerade in Ansehung der Forstpolizeygesetze eine Ausnahme gemacht werden soll, wenn man nur nicht unter

Forstgerichtsbarkeit die Forsthoheit begreift. Ueberhaupt haben vorzüglich die ältern Rechtsgelehrten die Begriffe nicht genau gesondert; denn bald verstehen sie unter der Forstgerichtsbarkeit die ganze forstliche Obrigkeit, bald die Rechte des Waldeigenthümers und Wildbannherrn, bald die in dem Eigenthum des Staats befindlichen Forsten; (Pietsch, Entwurf der Grundsätze des Forst- und Jagd-Rechts §. 21. S. 29.) Sehr richtig bemerkt Struben, (rechtl. Bedenken B. 2. n. 102.) man vermische vielfältig die forstliche Obrigkeit mit der forstlichen Gerichtsbarkeit. Jenes sey ein Stück der Landeshoheit, vermöge welcher der Landesherr Forstordnungen mache, um die Mißbräuche des Eigenthums zu hindern, und über solche zu halten. Eine ganz andere Bewandtniß habe es aber mit der Forstgerichtsbarkeit, welche eigentlich Polizeysachen zum Gegenstand habe, deren Besorgung den meisten Unterobrigkeiten übertragen sey.

Hiermit stimmen überein: Struben, (Nebenstunden Th. 5. dann a. a. O. in rechtl. Bemerkungen.) Roth, (Staatsrecht d. Reichslande Th. 2. 80.) v. Bülow u. Hagemann, (Erörtr. B. 2. 56.) v. Berg, (Polizeyrecht Th. 3. S. 359.) Danz, (Handbuch d. d. PR. Th. 2. S. 17.) Eichhorn, (Einl. z. d. PR. §. 280. S. 711.)

Dagegen nehmen Andere das Gegentheil an: Ertel, (de iurisdict. inferiori Lib. II. C. 34. obs. I.) Westerholz, (de iurisd. forestali C. 9. th. 114.) Beck, (de iurisd. forest. C. 5. §. 6.) Beust, (de iure venandi et banno ferino C. 3. §. 7. C. 14. §. 2.) und die in Struben (a. a. O.) angeführten Urtheile von Tübingen und Göttingen; dann Cramer, (observ. iur. T. IV. obs. 1101. p. 3.) Malblanc, (conspectus rei iudiciariae §. 115.) Pfeiffer, (Ueber die Grenzen der Civil-Patrimonial-Jurisdiction S. 305. u. f. f.) Die Gründe sind:

1) Die Patrimonial-Gerichtsbarkeit sey durchaus restrictiv zu beurtheilen, und auf das Gewöhnliche zu beschränken.

2) Die Forstgerichtsbarkeit sey als eine besondere Art

der Gerichtsbarkeit zu betrachten, von der ordinairen Jurisdiction zu trennen und könne sonach auch unter der Verleihung der letztern nicht begriffen seyn. Malblanc, (a. a. O.) sagt: competit iurisdictio forestalis ex praesumtione generali domino territoriali, nisi praediorum possessoribus aliisque iurisdictione reali gaudentibus aut extranea pars illius legitime concessa sit, adeo usque, ut iurisdictionis extraordinariae species referatur, et sub iurisdictione indefinite concessa regulariter non comprehendatur.

3) Sey mit dem Gebrauch und Eigenthum des Waldes nicht auch die Jurisdiction über denselben abgetreten zu halten. Cramer (a. a. O.) sagt: regale iurisdictionis forestalis iisdem innititur principiis, ex quibus regale iuris venandi deduxi, vi quorum utraque regali nemo subditorum absque speciali dominorum regionum germaniae concessione gaudere potest, eoque minus, quo certius foresta olim regia seu imperialia fuere. Dieser Satz sey an den Orten, wo die Wälder und Jagden zum Staatseigenthum gerechnet würden, außer Zweifel; denn die in Frage stehende Befugniß sey mit der landesherrlichen Qualität dergestalt afficirt, daß sie, wenn sie auch dem Privatmann überlassen worden, doch ihr ursprüngliches Verhältniß zum Landesherrn nicht gänzlich verleugne, vielmehr immer als eine nur ausnahmsweise der privatrechtlichen Disposition unterworfene Gerechtsame zu betrachten sey.

Gegen diese Gründe läßt sich aber einwenden, daß dabei von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß Wälder und Jagden Regale sind; dann, daß die Forstgerichtsbarkeit nicht als eine Art der Polizeygerichtsbarkeit zu betrachten ist.

§. 422. (M. §. 264. n. III.)

Der Forstberechtigte darf zum Nachtheil des Hütungsberechtigten keine Zuschläge anlegen.

1) Wenn ein Forstgrund vorhanden ist, worauf Bäume gestanden haben, so kann auch wieder Holz angezogen werden, [6]) es ist ein actus merae facultatis, ob der Eigenthü-

mer einen solchen Waldgrund besaamen und in Schonung legen will, oder nicht, ohne daß dadurch für ihn ein Nachtheil, oder für einen Dritten ein Recht entstehen könnte. Durch Nichtgebrauch kann die Befugniß des Waldherrn niemals verjähren und er kann sonach einen seit undenklichen Zeiten verwüsteten, privativen Forstgrund jederzeit wieder herstellen. Wenn aber der Platz, wo der Zuschlag angelegt werden soll, von Alters her ein freier unbewachsener Hütungsplatz gewesen, so darf wider dessen alte Form oder Gestalt nichts vorgenommen werden. (L. 6. 7. C. de servit. et aqua.) Denn

g) Haiden, Moore, oder wo sich Stämme und Wurzeln unter der Erde befinden, sind keine Forstgründe. Denn sonst würde man das ganze nördliche Deutschland als einen Forstgrund betrachten: Terra etsi aliquanto specie differt, in universum tamen aut silvis horrida aut paludibus foeda, sagt Tacitus de morib. germ c. 5.

a) der Natur der Sache nach ergiebt sich, daß sich die Weide in dem Verhältniß verringert, in welchem der Boden mit Bäumen besetzt wird, daß aber die Weide desto ergiebiger ist, je weniger Bäume auf dem Hütungsdistrict stehen. Sonach haben die Weide-Interessenten Grund, solchen neuen Anlagen zu widersprechen, weil durch die einzuführende Forstcultur die Weide eingeschränkt wird, und insonderheit die Birken, Erlen u. s. w. welche eng zusammen stehen, nach einigen Jahren abgetrieben, und dann wieder gehegt werden, bewirken, daß die Weide nothwendig abnehmen muß.

b) So wenig der Grundherr berechtigt ist, auf einem der Hut und Weide unterworfenen Boden Wohnhäuser und Gebäude zu errichten, oder zum Nachtheil des Weideberechtigten einen Acker in eine Wiese zu verwandeln, Schmidt, (Abh. versch. pract. Rechtsmaterien, B. 2. n. 35.) eben so wenig ist er befugt, einen ganz dienstbar gewordenen, von jeher nicht zur Forstcultur benutzten Boden zu seinem alleinigen Nutzen in Forstgrund zu verwandeln und Zuschläge darauf anzulegen.

Hiermit stimmen überein: Krebs, (de ligno et lapide. Part. 1. §. 9.) der Verfasser der oeconomia for. T. 8.

8. §. 1137. Bülow und Hagemann, (pract. Erört. B. 2. n. 25.)

Dagegen behaupten Andere: Carpzov, (Part. 2. const. 41. def. 5. und 6.) Westphal, (de libertate et servitut. praed. §. 524.) daß ihm dieses Recht zusteht und zwar darum: weil

1) ein Grundherr, welcher einem Andern auf seinen Aeckern die Hut- und Weidegerechtigkeit bewilligt, sich des Rechts über die Substanz zu verfügen nicht begeben habe;

2) Hut und Weidegerechtigkeiten auch in Waldungen ausgeübt werden können;

3) wenn gleich dadurch die Hut etwas beschränkt wird, der Vorheil, welchen der Grundherr durch die Anlage von Zuschlägen erhält, weit überwiegend, dadurch auch die Forstcultur befördert wird; auch

4) der Grundsatz gilt, daß eine Dienstbarkeit ultra modum et usum praedii dominantis necessarium nicht erweitert werden darf. (L. 5. D. de servitat.)

Wie unhaltbar diese Gründe sind, ist leicht einzusehen, daher auch die erstere Meinung den Vorzug verdient.

§. 423. (M. §. 267. n. 4.)

Der Waldeigenthümer hat nicht die Befugniß, den Wald auszuroden.

Zwischen Ausrodung des Waldes und Holzausrodung ist ein wichtiger Unterschied: unter jener wird die Handlung verstanden, durch welche alles Holz auf einer Fläche ohne Unterschied und ohne Rücksicht auf Alter, Wuchs und Schluß mit Stamm und Wurzel weggehauen und ausgerodet wird; letztere aber begreift dagegen in der Regel nur die Benutzung des ausgewachsenen schlagbaren Holzes; sie schließt sonach den Abtrieb des jungen Busch- und Stangenholzes ganz aus, und bezieht sich nicht auf den ganzen, sondern blos auf einen Theil des Waldes.

Wenn nun gleich dem Eigenthümer des Waldes die Befugniß zusteht, über die Substanz desselben zu verfügen,

so geht doch diese nicht so weit, daß er Handlungen unternehmen kann, welche zum Nachtheil des Staats und der einzelnen Bürger gereichen. Die Ausrodung kann dem Eigenthümer eines Waldes nur mit Erlaubniß des Staats gestattet werden, und diese Erlaubniß kann von Seiten des letztern nur dann ertheilt werden, wenn dadurch die hergebrachten Gerechtsamen eines Dritten, welche in der Beholzungs- oder Hutgerechtigkeit, in dem Mastrechte, in der Jagd u. s. w. bestehen können, nicht geschmählert werden. Der Eigenthümer des Waldes darf nichts vornehmen, wodurch der Andere in Ausübung seiner Grundherrlichkeit gehindert oder ihm dieselbe vereitelt werden könnte, und daher einen mit Grundgerechtigkeiten belasteten Wald ohne Einwilligung und Genehmigung des Berechtigten nicht ausroden. Der Privatvortheil des Waldeigenthümers oder die Absicht zur Erweiterung der landwirthschaftlichen Grundstücke, oder die Errichtung neuer Etablissements, rechtfertigt noch keine Waldrodung, wenn dadurch für den Staat der Landholzbedarf, oder für den Berechtigten die auf dem Walde hergebrachten Gerechtsamen gefährdet werden.

Hiermit stimmen überein: Rodig, (de iure privatorum circa silvas inprimis caeduas ad modum restricto §. 17.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 2. n. 115.) Haubold, (Lehrb. d. Sächs. Privatrechts §. 234.) Bielitz, (Commentar z. pr. LR. B. 2. n. 141.) auch die meisten Forstordnungen, als: die nassauische Forstfrevelordn. vom 9ten Nov. 1817. §. 10. n. 25. in den Samml. 2. S. 183. Badisches Gesetz v. 12ten Febr. 1821. über die Beförsterung der Privatwaldungen §. 6. Sächs. Mand. die Wald-, Neben-Nutzungen und die in den Waldungen auszuübende Befugniß betr. vom 30sten Jul. 1813.

Das Gegentheil nimmt an: Mittermaier, (a. a. O.) und bemerkt noch, daß die Gesetze, welche Beschränkungen enthalten, im Zweifel möglichst so ausgelegt werden müssen, wie sie die Freiheit des Waldeigenthums am wenigsten beschränken, s. auch pr. Gesetz v. 14ten Sept. 1811. §. 4. die Beförderung der Landescultur betr.

§. 424. (M. §. 269.)

Dem Gutsherrn steht ein Mitbenutzungsrecht an den auf dem Meiergut befindlichen Bäumen nicht zu.

Wenn in den Landesgesetzen oder Meier- und Eigenthumsordnungen der Gutsherrschaft nicht ausdrücklich dieses Recht eingeräumt ist, so kann ihr auch solches nicht gestattet werden. Wenn auch gleich in den Landesgesetzen bestimmt seyn sollte, daß ohne Erlaubniß der Gutsherrschaft kein Holz gefällt werden soll, die Bäume nicht unter dem freien theilbaren Allodium des Meiers begriffen sind, so folgt daraus noch nicht das Gegentheil. Denn

1) sind die Bäume zum Gut gehörige Pertinenzen.

2) Dem Meier steht die völlige Benutzung des Guts zu, welches Recht ausgedehnter ist, als der römische Nießbrauch.

3) Der Gutsherr hat dem Meier die völlige Benutzung des Guts überlassen, darf ihn auch nicht die Substanz nehmen, so lange er die Abgiften entrichtet und seine Obliegenheiten erfüllt.

4) Bei einer Hingabe eines Guts zur vollständigen Benutzung kann ein Mitgebrauchsrecht nur in dem Falle angenommen werden, wenn der Verleiher sich solches ausdrücklich vorbehalten hat.

Hiermit stimmen überein: Göbel, (de iure et iudicio rusticorum C. 2. §. 12.) Wildvogel, (Diss. de iure circa arbores C. 3. §. 7.) Pufendorf, (P. IV. Ob. 178. §. 4.) der auch die Wildfälle dem Gutsmanne zuspricht.

Das Gegentheil nehmen an: Rodig, (ius privatorum circa silvas imprimis caeduas ad modum restricto §. 7.) Struben, (Comment. de iure villicorum. C. 1. §. 8.) s. a. Ramdohr, (jurist. Erfahrungen 3. S. 104.) Struckmann, (pract. Beiträge zur Kenntniß des osnabr. Eigenthumsrechts Beitr. 6. S. 11.)

§. 425. (M. §. 270.)

Die Jagdgerechtigkeit gehört nicht zu den Regalien.

Die Jagd ist kein Regal 1) der Natur nach, indem jeder Besitzer des Grund und Bodens solche ausüben kann; 2) liegt kein Grund

I. in dem allgemeinen Staatsrechte, es kann nicht abgeleitet werden: a) aus der forstlichen Hoheit, denn diese enthält blos die Befugniß des Regenten, über die Jagden die Oberaufsicht zu führen, Verordnungen in Jagdgegenständen zu machen; auch nicht b) aus der Forstgerichtsbarkeit, indem vermöge derselben dem Regenten blos das Recht zusteht, Waldstreitigkeiten zu entscheiden, Forstvergehen zu bestrafen, solche auch abgesondert von dem Eigenthum des Waldes und der Jagd gedacht werden kann; auch nicht c) aus dem Recht auf herrenlose Dinge, indem das Wild nicht als herrenlos anzusehen ist.

II. Nach dem deutschen Herkommen steht die Jagd jedem zu, der ein Recht des echten Grundeigenthums hat, sie ist sonach nicht als Recht der natürlichen Freiheit anzusehen. Solches konnten nach dem ältern Rechte blos Freigeborne besitzen, nicht aber Unfreie: daher läßt es sich auch erkären, warum die Bauern und alle diejenigen, welche zum Besitz des rechten Eigenthums unfähig waren, solches nicht besitzen konnten. Nach dem die Gemeinschaft der Felder und Wälder unter den Volksstämmen aufgehört und das Landeigenthum unter den deutschen Nationen fixirt war, wurde die Jagd als Pertinenz des Grundes und Bodens angesehen. Der König übte die Jagd in dieser Qualität auf den Kammergütern oder fiscorum regiorum aus, so auch die Privatgutsbesitzer.

III. Läßt sich die Regalität nicht beweisen

a) aus den ältern deutschen Gesetzen: nach den salischen, ripuarischen und westgothischen Gesetzen stand dem Eigenthümer der Felder oder des Waldes das Jagdrecht zu. Lex Salica Tit. 36. §. 1. Lex Ripuar. tit. 42. Lex wisi-gothor. Lib. VIII., nach dem letztern soll derjenige, welcher auf einen fremdem Grund und Boden widerrechtlich das Jagdrecht ausübt, hart bestraft werden. Eben so ergiebt sich dieß aus den Gesetzen der Carolinger. Aus den von du Fresne, (voc. Forestarius de feudo) beigebrachten Lehnsscheinen erhellt, daß den Freien und Adligen das Jagdrecht zustand: in der vom Herzoge seinem Vasallen,

den er mit dem Forstamt belehnte, deßhalb ertheilten Instruction wird der Unterschied zwischen solchen, denen das Jagdrecht zusteht, und denen, die solches nicht besitzen, gemacht.— Die Bestimmungen in den Kapitularen (Carl. mag. capit. de villis et curt. §. 36.), in den burgundischen Gesetzen (lex burg. Lib. XXII.) beziehen sich auf die Jagd in den königl. Bannforsten und nicht auf die in Privatwaldungen. Die leges castrenses Friedr. I. a. 1158. Goldast, (stat. et rescript. Imp. c. 64.) beweisen, daß die Jagd kein Regal war; daß Friedrich I. hier die römischen Gesetze berücksichtigte, ersieht man aus dem Inhalte.

Wenn in dem longobadischen Lehnrecht in II. Th. 27. §. 5. u. II. Th. 56. wirklich eine Bestimmung über die Regalität der Jagd enthalten wäre, so würden diese Gesetze darum nichts beweisen, weil sie in Deutschland keine verbindliche Kraft haben; (§. 413.) diese Verbote beziehen sich überdieß blos auf die Bauern.

b) Aus dem mittlern deutschen Gesetze läßt sich eben so wenig die Regalität herleiten. In dem Sächs. Landrecht Lib. II. art. 61. heißt es: Do Got den menschen geschuf und vogele und alle wilde thier dar umbe habe wir ez urkunde von Got, daz nieman sinen leb noch sin gesund an diesen dingen verwirken mac. Doch sin dri heide binnen deme Lande zu sachsen, da den wilden tieren vrede geworcht ist bi kunges banne, sunder beren und wolfen und vuchsen. daz heisen banvürsten. Wegen Erklärung dieser Stelle s. Meier, (Versuch einer Geschichte der Bergwerksverfassung des Harzes S. 9 — 12.) Anton, (Geschichte der deutsch. Landwirthschaft Th. 3. S. 490 — 510.) Hüllmann, (deutsche Finanzgeschichte des Mittelalters S. 43 — 52. und Ebend. Geschichte des Ursprungs der Regalien S. 23 — 32.)

Hiermit stimmt auch der Schwabenspiegel Kap. 237. überein.

c) Aus einer Menge von Urkunden kann der Beweis geführt werden, daß die Jagd nicht als Regal an-

gesehen wurde, sondern immer als Pertinenz der Grundstücke. [l])

l) Schenkungsbrief Otto's v. 952. f. die Abtei Palitha. — Ebend. Schenkungsbrief v. 962. an den h. Mauritius mit den beiden Städten Loburg und Kuchim. Otto II. v. 978. Henrich II. 1017. Henrich III. 1083. Konrad III. 1029. f. Pfeffinger, (in Vitriar. illust. T. III. p. 1387.) Riccius, (zuverlässiger Entwurf von der in Deutschland üblichen Jagdgerechtigkeit §. 15. S. 44.)

Man findet daher, daß wenn ein Gut verkauft wurde, sich der Verkäufer die Jagd ausdrücklich vorbehielt, indem sie ohne diesen Vorbehalt als Zubehör auf den neuen Käufer überging.

IV. Daß in ältern und mittlern Zeiten alle Felder und Forsten Bannforsten gewesen sind, läßt sich nicht beweisen; zur Errichtung desselben war die Einwilligung der Umliegenden erforderlich, wie aus mehrern Urkunden zu erweisen ist. [m])

m) Karl d. G. schenkte den osnabrückschen Bischof Wiho einen Forst mit Zustimmung der Mächtigen der Gegend. Alberti Crantzii, Metrop. L. 1. c. 2. de an. 1804., so schenkte Heinrich II. a. 1008 der Kirche zu Lüttich einen Wald secundum laudationem comprovincialium Henrich IV. a. 991.

Unrichtig ist es, wenn Reinhard, (de iure forestali german. p. 51.) meint, daß diese Einwilligung blos wegen des durch die Einforstung beschränkten Holzrechts ertheit worden, indem das Holz in den Bannforsten nicht zu sehr gelichtet werden dürfe; denn aus den Urkunden ergiebt sich, daß blos das Jagdrecht als die Ursache dieser Einwilligung angesehen wurde. Pistorius, (rer. germ. p. 736.) Weichsner, (Dec. Cam. T. 5. Dec. 14.) Lünig, (Spicileg. eccl. Part. II. p. 940.)

In dem Bannforsten war freilich das Jagen bei schwerer Strafe verboten. Das Sächs. Landrecht Lib. II. art. 61. bemerkt: Swer so hi (nämlich in den drei Heiden oder Bannforsten) binnen vild recht, der sal wetten des Kunges bann, daz sein sechzig schillinge. Swer so durch den ban vorst ritet, sin boge und sein armbrust sal ungespannen sin, sin Kocher sal betan sin, sine winde und sine bracken uf gevangen, und sine hunde gekoppelt.

In den weitläufigen und großen Waldungen und Forsten, die weder zu dem Territorial= noch dem Privateigenthume gehörten, eignete sich der König und Kaiser das ausschließliche Jagdrecht zu.

Im sechszehnten Jahrhundert veränderte sich aber diese Scene. Die Schuldenlast, in welche die Landesherrn durch übertriebenen Aufwand versunken waren, veranlaßte die Hofpublicisten vieles als Regal in Anspruch zu nehmen, was unbestritten Eigenthumsrecht der Privaten war; dieses Schicksal traf denn auch die Jagd: so daß anzunehmen, die Regalität der Jagd ist fast in allen deutschen Bundesstaaten ein geltender Grundsatz des positiven Staatsrechts geworden. Doch ist die Vermuthung, daß die hohe Jagd ein Regal sey, die niedere Jagd aber ein Zubehör der Rittergütter. (Pütter, Rechtsfälle Th. 1. S. 431.) In einigen wird aber alle Jagd im ganzen Staatsgebiet, (z. B. in dem Königreich Sachsen: Haubold, sächs. Privatrecht §. 135.) in andern auf grundherrlichen Jagdrevieren, auch wohl auf städtischen, nur die hohe Jagd, (Pr. Landrecht Th. 2. 9. §. 41. 127.) oder blos die Mitjagd als Regal, doch als verleihbares angesehen. (Selchow, elem. iur. germ. privati §. 284.) Das öster. Gesetzbuch betrachtet sie als Privatrecht.

Hiermit stimmen überein: Bilderbeck, (gründliche Deduction gegen die vermeintliche Regalität der Jagden. Celle 1723. vermehrt 1741.) Hahn, (historisch=jurist. Ausführung vom Jagd= und Forstrechte in Pistorius Amoenitates historico-iuridicis Th. VI.) Riccius, (Entwurf v. der in Deutschland übl. Jagdgerechtigkeit. Nürnb. 1736. verm. Frankf. 1772. Kap. 1.) Struben, (vindiciae iur. venand. nobil. germ. Hild. 1739.) Ebend. Nebenstunden B. 1. n. 182. II. 384. Seidenstücker, (de fundamento iur. supr. inspect. circa adespota Goett. 1789. §. 19.) Pütter, (Rechtsfälle B. 1. Th. 2. S. 416.) Stengel, (Beiträge B. 1. S. 213.) Runde, (d. PR. §. 148.) Danz, (Handbuch des d. PR. B. 2. §. 148.) Weber, (Handbuch d. Lehnrechts B. 2. S. 265. 278.) Hagemann, (Landwirthschaftsr. §. 199.)

Vollgraff, (vermehrte Abh. hauptſ. im Gebiete des Criminal- und Privatrechts; Marb. 1822. B. 1. S. 9. — 16.) Eichhorn, (Einl. §. 282.) Klüber, (öffentl. Recht d. d. B. 1831. §. 454. alt. §. 368.) Mittermaier, (a. a. O.)

Die Gründe, welche für die entgegengeſetzte Meinung angeführt werden, ſind:

1) das allgemeine Wohl des Staats erfordere, daß die Jagd nicht jedem Beſitzer geſtattet werde, indem der Ackerbau, Gewerbe und Handwerke darunter litten. Dieß kann zu gegeben werden, allein daraus folgt noch nicht, daß dieſe Beſchränkung auf alle Unterthanen zu beziehen iſt; ſ. oben n. 3.)

2) Die wilden Thiere gehören unter die herrenloſen Dinge, ſonach könnte ſich ſolche nur der Landesherr zueignen. Dieſer Grundſatz iſt ganz falſch. ſ. n. 2. c.)

3) Die vornehmſten Reichsſtände hätten die Wildbahn bei ihren Waldungen durch kaiſerliche Begnadigungen erhalten, woraus folgt, daß weder dieſen noch viel weniger dem niedern Adel das Jagdrecht zugeſtanden, auch nicht als ein Zubehör der Grundſtücke zu betrachten ſey, wie aus einer Menge Urkunden bewieſen werden kann. Allein Wildbahn und Jagdrecht ſind weſentlich von einander unterſchieden; und daß die Jagd wirklich als Pertinenz der Grundſtücke angeſehen wurde, ergiebt ſich aus n. 3.), in den Urkunden der Könige und Dynaſten kommt dieß vor.

4) Die Bannforſten hätten ſich über ganze Länder und Grafſchaften erſtreckt, ſonach müßten auch die Jagden von der Gnade des Kaiſers abgehangen haben, indem ſonſt der Kaiſer durch die Errichtung der Bannforſten den Freien ihr wohlerworbenes Recht genommen hätte. Daß die Einwilligung der Umliegenden zur Errichtung eines Bannforſtes nothwendig war, ergiebt ſich aus mehrern Urkunden, ſ. n. 5.)

5) Die Vorfahren des niedern Adels hätten keine ſo großen Güter und Waldungen beſeſſen, die ſich zur Jagd geſchickt hätten, ſonach hätte ſie der König und die Großen beſeſſen. Das in frühern Zeiten jeder Freigeborne die Jagd-

gerechtigkeit ausgeübt, und hierbei auf die Größe der Besitzungen keine Rücksicht genommen wurde, ist aus den Gesetzen und Urkunden erwiesen, s. No. II.

6) Bei Schenkung der Güter sey die Jagdgerechtigkeit aus besonderer Gnade hinzugefügt worden, wie aus der Urkunde Otto II. **Kettner**, (antiq. Quedl. dipl. Seot. X. n. 17. p. 23.) hervorgehe, wo der Kaiser der Aebtissinn einen Hof oder curtis Bareboi, cum omnibus pertinentiis geschenkt, Otto III. aber erst die Jagdgerechtigkeit hinzugefügt habe. Allein in der Urkunde ist kein Wort befindlich, daß die Aebtissinn vorher das Jagdgerecht nicht gehabt, und Otto III. ihr solches erst mittelst eines besondern Privilegiums ertheilt habe.

7) Von der Jagd hätte sonst eine besondere Abgabe venaticum entrichtet werden müssen, woraus sich ergebe, daß sie nicht als Zubehör der Grundstücke betrachtet wurde. Allein dieses venaticum wurde nicht von Jagdberechtigten, sondern von den Bauern bezahlt, welche zu Jagddiensten verbunden waren.

8) In dem fränkischen und deutschen Staate wären königl. Beamte bestellt gewesen, die die Aufsicht über die Jagden geführt, und Reichsjägermeister genannt worden; sehr naiv begegnet hierauf **Bilderbeck**, daß es auch Oberstallmeister gegeben, und dennoch sey Niemanden eingefallen, die Pferde als Regal des Kaisers anzusehen.

9) Die Adeligen hätten die Jagd besonders beliehen bekommen, woraus sich ebenfalls die Regalität ergebe. Allein einmal kommt die Jagd nicht in so vielen Belehnungen vor, es giebt eine Menge Lehnbriefe, welche derselben nicht erwähnen, ob gleich die Jagd in den Lehnsbinummeranten als Pertinenz aufgeführt ist; dann ist ja nicht alles, was verliehen wird, Regal. Wenn ferner angeführt wird, daß den Bauern und Bürgern das Jagdrecht versagt worden sey, so hat dieß keinen Einfluß auf die adligen Gutsbesitzer. Diese haben sich in vielen ursprünglichen Vorrechten und Freiheiten erhalten, welche die übrigen Freigebornen verloren haben. Die Bauern cultivirten meistentheils

das

das Land, das sie von den Gutsbesitzern erhalten hatten. Die größern Städte hatten meistens das Jagdrecht in ihren Waldungen hergebracht, den übrigen wurde es bei ihrer Erbauung von den Umliegenden versagt, auch war bei der Beschaffenheit ihrer Gewerbe und Concurrenz so vieler Jagdberechtigten den Städten wenig daran gelegen.

10) Die Regalität ergebe sich ferner aus dem Recht zur Jagdfolge. Allein dieß ist nur in sofern ein landesherrliches Recht, als die Unterthanen zur Ausrottung allgemein schädlicher und lebensgefährlicher Thiere aufgefordert werden, insofern aber, als sie bei bloßem Lustjagen Dienste leisten sollen, ein bloßes gutsherrliches Recht, das besonders hergebracht seyn muß, und wozu nicht alle Unterthanen verbunden sind. (Seuffert, operae venatoriae ad territoriales quatenus referendae sint! Wirceburgi 1790.)

11) Die Regalität der Fischerei sey erwiesen, und was von dieser gelte, könne auch auf die Jagd bezogen werden. Nach II. F. 56. werde die Fischerei als eine geringere Art der Jagd zu den Regalien ausdrücklich gezählt, und in der Urkunde Otto's v. 953. heißt es: omnem piscationem in Almere ad nostram regalitatem habuimus pertinentium (Heda in Histor. Ultraject. p. 87.) Allein jenes Gesetz hat keine verbindliche Kraft, und die angeführte Urkunde kann theils darum nichts beweisen, weil der Schluß von der Fischerei auf die Jagd nicht gemacht werden kann, (Stryck in praef. ad Fritsch, corp. iur. venatorio-forestalis n. 10. 19. 20. 21.) theils weil daraus kein Beweis geführt werden kann; denn regalia bedeuten überhaupt alle Rechte, welche dem Kaiser zustehen, so daß alles, was dem königlichen Fiscus zustand, unter dem Namen Regalia begriffen wurde. Daraus folgt nun nicht, daß ein Recht, welches dem Kaiser in Rücksicht eines gewissen Praediums zustand, ein demselben durch das ganze Reich ausschließend zustehendes Recht gewesen sey. Auch eben so unrichtig ist der Schluß, welchen Cramer von dem Regalrechte auf unterirdische Metalle auf das Jagdrecht, als einer ganz verschiedenen Sache macht.

12) Die höchsten Reichs = auch andere Gerichte hätten die Jagd für ein Regal erkannt. Dieß würde, wenn es wirklich sich so verhielte, eben so wenig beweisen, als wenn die meisten Rechtsgelehrten die Regalität behaupteten, was aber nicht ist. Sie sind: Link, (de iure venand. regalibus iuste adscripto Arg. 1722.) v. Ludwig, (Diss. iur. rom. ac germ. in venatu eiusque regali. Hal. 1730.) J. C. Lübbe, (gründliche Bewährung des S. K. M. von Grosbrittanien zustehenden Jagdregals Celle 1731.) Ickstatt, (de eo quod iur. nat. circa venat. iur. est. Wirceb. 1731. Ebend. de possess. vel quasi regal. in specie regal. venand. iura subsdito advers. territor. dom. Wirceb. 1736.) Stisser, (Forst = und Jagdhistorie Cap. IV. §. 1. Cap. V. §. 15.) Cramer, (wetzl. Nebenstun= Th. 69. S. 23.) Schnaubert, (Erl. des Lehnrechts 2te Aufl. 1791. §. 67. 68. S. 140. u. s. f.)

Da nun die erstere Meinung die richtigere ist, so muß, wenn die Regalität mit Gründen behauptet werden soll, entweder erwiesen werden:

daß dieselbe schon ehemals ein königliches Hoheitsrecht gewesen, das dem Kaiser als solchem zugestanden, und in dieser Eigenschaft auf den Landesherrn übergegangen ist, oder

daß dieselbe, vermöge der individuellen Verfassung eines Territoriums ausdrücklich oder stillschweigend, durch Einwilligung aller Interessenten dem Landesherrn als solchen übertragen worden sey.

Nach dem neuern Recht sind die Standesherrn in ihren standesherrlichen Bezirken in dem Besitz der hohen und niedern Jagd geblieben; auch den Grundherren stehen die vormaligen Jagdberechtigungen zu.

§. 416. (M. §. 272. n. V.)

Im Zweifel gilt die Vermuthung, daß die niedere Jagd verliehen worden, wenn nämlich zur Zeit der Verleihung der Unterschied zwischen höherer und niederer Jagd schon vorhanden war.

Wenn die Verleihung der Jagd in die Zeit fällt, wo der Unterschied zwischen hoher und niederer Jagd als Regal

unbekannt war; (nämlich bis zum 16ten Jahrhundert, obgleich schon früher der Unterschied vorkommt, aber nicht in Hinsicht der Regalität s. §. 429.) so sind beide Arten unter der Verleihung begriffen; wenn hingegen sie in diese Zeit fällt, so ist die niedere blos als verliehen zu betrachten. Denn

1) zu der Zeit, wo dieser Unterschied noch unbekannt war, konnte an eine Beschränkung nicht gedacht werden, das generische Wort Jagd begriff die beiden Arten der Jagd unter sich.

2) Aus keiner Urkunde läßt sich erweisen, welche Thiere zur hohen und welche zur niedern Jagd gehört haben.

3) Es ist zu vermuthen, daß derjenige, der Jemandem eine Gerechtigkeit verliehen hat, auch alle die dazu gehörigen Theile, wenn man sie schon in Rücksicht der Gegenstände unterschied, habe verleihen wollen.

4) Fällt die Verleihung in die Zeit, wo jener Unterschied schon aufgekommen war, so kommt es darauf an: ob die Verleihung bestimmt oder unbestimmt in Rücksicht der Gattung erfolgte; in jenem Falle hat es dabei sein Bewenden, auch kann nicht von der höhern auf die niedere geschlossen werden, indem beide als getrennt gedacht werden können. Es kann zwar der, welcher mit der hohen Jagd beliehen ist, auch die niedere besitzen, aber dieser Besitz muß aus andern Gründen dargethan werden. Ist Jemand mit der Hasenjagd beliehen, so ist darunter die niedere zu verstehen, ist sie aber unbestimmt erfolgt, so ist die allgemeine Regel anzuwenden, daß, wenn verschiedene Gattungen eines Regals vorhanden, im Zweifel blos die Verleihung der niedern anzunehmen ist, indem die Auslegung streng zu machen ist; obgleich Einige auch hier den Grundsatz anwenden wollen, daß gegen den die Auslegung zu machen, der klarer hätte reden sollen. (Mevius, P. IV. dec. 296. Struck, de iurisdict. circumsepta C. III. n. 23.)

Hiermit stimmen überein: Struck, (praef. ad Fritschii Corp. iur. forest. n. 47.) Reinhard, (de iure forestali Sect. 1. C. II. V. 9.) Hert, (de super. territ. in op. T. II. p. 303.) Riccius, (a. a. O. K. 4. §. 2.)

Ulrich, (de feudo venationis §. 8.) Stengel, (Beitr. z. jurist. Literatur. B. 1. S. 234.) Weber, (Handb. des Lehnrechts Th. 2. S. 285.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere dagegen sind der Meinung, daß ohne Rücksicht, ob die Verleihung in frühern oder spätern Zeiten erfolgte, allezeit die niedere Jagd anzunehmen sey; als: Ludovici, (Diss. an species deroget generi C. 1. §. 3.) Wehner, (Observ. pract. voce Forstrecht.) Wernher, (P. V. obs. 58.) Beck, (de iurisdict. forest. p. 27. u. 214.) Stryck, (Usus mod. Pand. L. 41. tit. 1. §. 6.) Schrader, (Lib. III. de feud. C. 4. n. 47.) Rosenthal, (de feud. c. 5. concl. 94. n. 9.) v. Lincker, (Decis. 853.) Berger, (oecon. iur. Lib. II. tit. II. th. 8. §. 21.) Schöpfer, (de venat. superior. cap. 2. §. 21.)

Allein diese Meinung ist darum verwerflich, weil sie auf den falschen Prämissen der unbeschränkten Regalität beruht.

Noch Andere nehmen an, daß alle Arten der Jagden unter der Verleihung zu verstehen sind; als: Beyer, (delineat. iur. germ. L. 2. C. 2. §. 52.) Selchow, (Elem. iur. germ. §. 165.) letzterer sagt nämlich: enim vero cum a) haec distinctio noviori demum aetate a JCtis, aularum parasitis, inventa sit; b) Princeps lege sua, qua hoc discrimen stabilitur, subditis suis invitis ius, quo usi sunt, auferri nequeat; c) ne certi quidem limites venationis superioris et inferioris ubique positi sint; d) leges et pacta, quibus nobilium ius firmatur, venationem generatim plerumque, posita hac distinctione concedant; merito dicendum est, nobilem, qui venationibus instructus est, omnes eiusdem species tenere, atque adeo possessione venationis quoque superioris tuendum esse. Allein auch diese Meinung ist zu verwerfen, denn in den Zeiten, wo der Unterschied der Jagd zwischen hoher als Regal und niederer Jagd aufkam, hatte der Ausdruck Jagd nicht mehr eine blos generische Bedeutung, sondern wurde auch im speciellen Sinne genommen, und darunter schlechtweg gewöhnlich die niedere verstanden, der hohen wurde ein

besonderer Werth beigelegt, und solche eben deßhalb mittelst ausdrücklicher Verleihung ertheilt. Der Schluß von dem genus auf die species war nicht mehr sicher, die Jagd hatte die Natur eines Regals und aus derselben alle damit verbundenen Eigenschaften erhalten, und aus den allen hinzugekommenen Gründen mußte man schließen, daß der Verleiher bei unbestimmter Verleihung vielmehr das geringere als das größere Recht habe verleihen wollen.

Es ist daher die erstere Meinung gewiß die richtigere, wenn nicht der Berechtigte erweisen kann, daß er durch unverdenkliche Verjährung die hohe erlangt habe; denn die unverdenkliche Verjährung dient anstatt des Titels, obgleich Thomasius (Diss. de praes. regal. ad iura subditorum non pertinente §. 3. in s. Diss. acad. T. III. diss. XXVIII. p. 1048.) das Gegentheil annahm.

Noch verdient die Meinung Schnauberts, (in der Erläutr. des Lehnrechts S. 160.) einer Erwähnung, die dahin geht, daß, wenn die Regalität der drei Arten der Jagden hergebracht sey, dann, wenn die Verleihung schlecht weg erfolgt, blos die niedere unter derselben begriffen sey: wenn dagegen nur die hohe und mittlere zu den Regalien gehöre, die mittlere, und wenn nur die hohe Regal sey, die hohe verliehen sey; der Grund ist der, weil der Berechtigte durch die Verleihung doch ein Recht müsse erhalten haben, welches er nicht schon vorher besessen; doch beschränkt er die beiden letztern Sätze nur auf den Fall, wo der Berechtigte auf seinen eigenen Gütern bereits mit der Jagd beliehen worden sey; denn wenn er auf solchen Gütern, wo er vorher die Jagdgerechtigkeit noch nicht hatte, diese erhalten habe, so sey blos die niedere Jagd zu verstehen, denn er habe ein neues Recht erhalten.

Allein auch diese Meinung verdient keinen Beifall, der angegebene Grund, daß der Berechtigte durch die Verleihung doch ein Recht müsse erhalten haben, paßt nicht auf den gewöhnlichen Fall, wo der Beliehene das Gut mit der Jagd zugleich verliehen erhielt. Bei solchen Verleihungen wird die Jagd als bloßes Zubehör des Guts aufgeführt, und da der Berechtigte die Jagd erst mit dem Gute erhielt,

so kann nicht gesagt werden, daß er bereits schon vorher die Jagd gehabt habe. Es ist daher durch diesen Grund nichts für die ausdehnende Auslegung der Jagd gewonnen, und es geht alles auf die beschränkende Erklärung der Regalien zurück.

§. 427. (M. §. 272. n. 6.)

Dem Adeligen steht die Jagdgerechtigkeit als Besitzer adeliger Grundstücke zu.

1) In ältern Zeiten konnte blos derjenige die Jagdgerechtigkeit ausüben, welcher das rechte Eigenthum an Grundstücken besaß, sonach jeder Freigeborne.

2) In dem 16ten Jahrh., wo die Idee von der Regalität der Jagd sich weiter verbreitete, wurde zwar von Seiten des Landesherrn das Recht zur Ausübung der Jagd selbst den Adeligen bestritten, allein ohne Erfolg; sie erhielten sich in dem Besitz des niedern Jagdrechts. (merkwürdige Verhandlungen der baierschen Landstände in Krenners Landtagsverhandlungen B. 9. 242. B. 20. S. 95.)

3) Wenn die Adeligen die Güter den Bauern zur Benutzung überließen, so behielten sie sich die Jagdgerechtigkeit vor, auch übten sie sogar dieses Recht da aus, wo sie blos Zins oder Zehntpflichtige hatten.

4) Der Adelige besitzt aber das Jagdrecht nicht als ein persönliches Recht, sondern blos als ein mit dem adeligen Gut verbundenes. Er hat daher die Vermuthung, daß ihm die Jagdgerechtigkeit als ein zum Rittergut gehöriges Recht zusteht, und er braucht selbst gegen den Fiscus den Beweis der Zuständigkeit nicht zu führen.

5) Nach den meisten Landesgesetzen steht auch denselben das Jagdrecht zu: Fischer, (Cameral- und Polizeirecht B. 2. §. 1311.) In der Bundesacte Art. 14. wird dem mediatisirten und dem ehemaligen Reichsadel solche zugesichert, so wie dieß auch die bayerische Verordnung v. 1807. worauf verwiesen wird, bestimmt.

Nach dem bayerischen ältern Recht war zwischen den Adeligen, welche die Edelmannsfreiheit besaßen, und an-

deren ein wichtiger Unterschied; denn jenen stand die niedere Jagdgerechtigkeit nicht nur auf ihren Gütern oder Hofmarken, sondern auch auf fremden Boden zu, mittelst der 60 Freiheitsbriefe, den übrigen aber blos auf ihren Grundstücken nach dem Decret v. 7ten April 1679. §. 1.

Die Parömie: die Edelleute im Bayerlande mögen jagen, so weit sich das Blaue am Himmel erstreckt, Eisenhart, (d. R. in Sprüchworten S. 193.) ist wie Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th 2. S. 340. n. 23.) bemerkt, nicht eigentlich zu nehmen, sondern nach dem Decret v. 19ten Juli 1673. nur so weit, daß er täglich von der Jagd wieder zurückkehren kann. Durch Aufhebung der Edelmannsfreiheit nach der Verordnung vom 20sten April 1808. Reg. Bl. 1809. S. 213 — 215) ist dieser Unterschied antiquarisch worden, und jetzt besitzen die adeligen Gutsherrn nach der Verfassungsurkunde Beil. 6. §. 3. überhaupt das Jagdrecht.

Mit dieser Meinung stimmen überein: Möser, (osnabrückische Geschichte Th. 1. Abh. 5. §. 32.) Cramer, (vindiciae regal. iur. ven. Marburg 1740.) Struben, (vind. iur. venand. nobilit. germ. Hildb. 1739.) Ebend. in den Nebenstunden Th. 1. n. 2. Th. 2. n. 11.) Krenner, (von den Rittergütern S. 66.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 360.) s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. 9. §. 41 — 43.)

Andere dagegen nehmen das Gegentheil an, als: Pütter, (Rechtsfälle Th. 1. S. 416.) Selchow, (elementa iur. germ. §. 163. (284.) und zwar darum, weil diese Vermuthung für den Adel darum nicht statt haben konnte, weil zu der Zeit, wo die Regalität aufgekommen, sich die Adeligen in Lehnbriefen, Reversalen u. s. w. dieses Recht von dem Landesherrn hätten bestätigen lassen: sonach, wenn ein Adeliger nicht die Befugniß durch ein Privilegium, Gesetz oder Besitz dieses Recht gegen den Fiscus nachzuweisen im Stande gewesen, er auch zur Ausübung nicht befugt sey. Allein diese Meinung ist darum ungegründet, weil diese Nachsuchung um Bestätigung der Jagdgerechtigkeit nicht von allen Adeligen Deutschlands geschehe

hen ist, dann, weil das was Einige gethan haben, für die übrigen nicht nachtheilig seyn kann; diesen ist ihr wohlerworbenes Recht zuständig, wenn nur die Qualität ihres Guts als Rittergut außer Zweifel ist. Im Ganzen genommen stimmt hiermit auch Fischer, (Cameral- und Polizeirecht B. 2. §. 1310.) überein. Denn er sagt: in den Ländern, wo weder eines jener rechtlichen Vorurtheile vorgedrungen, noch die Sache in der Landesverfassung bestimmt ist, da muß jedesmal untersucht werden, ob der Jagdbezirk zu einem altadeligen Gute gehört oder nicht: in jenem Falle gebührt dem Landsassen alles Jagdrecht, in diesem aber keines, wenn er den Erwerbstitel oder den verjährten Besitz nicht erweisen kann.

§. 428. (M. §. 272.)

Den Bauern steht selbst alsdann, wenn sie freie Besitzer ihrer Grundstücke sind, das Jagdrecht nicht an sich zu.

Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß nur derjenige, welcher das echte Eigenthum besaß, das Jagdrecht nach dem ältern Recht ausüben konnte: die Bauern besaßen solches nicht. Wenn sich auch in der Folge mehrere von den gutsherrlichen Verhältnissen losmachten, und freieres Eigenthum erwarben, so konnten sie doch auf das Jagdrecht darum keine Ansprüche machen, weil solches blos als eine Zubehör der adeligen Güter anzusehen war. So ist es auch nach den meisten Landesgesetzen. Es ist also die Vermuthung gegen den Bauer, und er hat daher zu beweisen, daß er auf rechtmäßige Art dieses Recht erworben habe.

Hiermit stimmen überein: Bender, (Diss. de statu rusticorum servili eiusque probat. §. 1. — 12. Giess. 1765.) Leyser, (Medit. ad P. Sp. 441. n. 1.) Er sagt hier: rustici enim omnes olim servi (dieß ist unrichtig) et ipsi cum praediolis in nobilium dominio erant, et quamvis deinde in multis provinciis manumitterentur, iugum tamen nunquam exuerunt penitus, sed vestigia dominii veteris, operas, censusque praestando, semper agnoverant. — Atque haec rusticorum — a venatione ex-

clusio — ad nostra usque tempora perduravit, ac subinde legibus renovata est. Quae res rationem optimam habet, ne scilicet — rustici ab officio suo dulcedine venationis abducantur, (letzteres ist ebenfalls kein unwichtiger Grund.)

Dagegen sind Andere der Meinung, daß wenn die Bauern von jeher vollkommnes Eigenthum gehabt, und völlig freie Besitzer ihrer Güter gewesen, so steht denselben eben so wie den Adeligen das Jagdrecht zu, wenn nicht Landesgesetze und das Herkommen dem Bauernstande überhaupt die Ausübung des Jagdrechts untersagen, oder sie ihr Jagdrecht auf ihren freien Grundstücken, durch rechtsbeständigen Nichtgebrauch und dadurch verloren hätten, daß Einem oder Mehreren die Ausübung der Jagd allein und als Dienstbarkeit darauf ausschließlich zustehe. Diese Meinung vertheidigen: Buri, (Regalität der Jagden S. 52.) Riccius, (von der Jagdgerechtigkeit Kap. 1. §. 35.) Schnaubert, (Erl. d. Lehnrechts S. 152.) Pütter, (Rechtsfälle B. 1. Th. 2. S. 416.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 210. n. 21.)

§. 429. (M. §. 273.)

Die Eintheilung der Jagd in hohe, mittlere und niedere ist erst in dem 16ten Jahrhundert aufgekommen.

Daß in frühern Zeiten schon zwischen hohem und niederm Wildpret unterschieden wurde, beweisen die Rechtsbücher und mehrere Urkunden. In der Lex baiuvar Tit. XIX. §. 7. heißt es: de his canibus qui ursos vel bubalos, id est maiores feras, quod Schwarz - Wild dicimus, persequuntur.

So heißt es in accessiones ad hist. abbatiae casinnens. p. 331. dixit tamen quod quando aliquis de Sancto Elia venatur; de porco silvestri et caprio venator consuevit reddere curiae caput cum uno quarterio consueverunt reddere venatores. In du Fresne gloss. v. ferae forestal., heißt es in der Urkunde v. 1279: libertates villae de S. Palad. in Bitar. — per totam dictam fore-

stam . . . venari potuerunt ad omnia animalia: ita quidem, si magnam feram, cervum, aprum, capreolum vel aliam grossam feram ceperint, tenebuntur eam proposito vel servientibus praesentare. In der Geschichte des Hauses Montmorency geschieht der Jagd ad magnam bestiam, ad cervum, porcum, et capreolum Meldung (Du Chesne histoire genealogique de la maison de Montmorency.) Mehrere Urkunden führt Pfeffinger, (in vitriar. Lib. III. tit. 18. p. 1365.) aus den zehnten, elften und folgenden Jahrhunderten an, worin das große Wild erwähnt wird.

Wenn nun;

1) in diesen Urkunden gewisse Gattungen der Thiere genannt, so kann doch von diesen auf die andern nicht geschlossen werden, wie dieses aus den Klauseln, welche in einigen Urkunden befindlich sind, deutlich abgenommen werden kann. In einer Urkunde Henrich II., (bei Pfeffinger, a. a. O.) heißt es: in porcis videlicet silvaticis atque cervis, omnique venatione, quae sub usuali more ad forestum deputant;

2) In den ältern Zeiten stand den Freigebornen das Recht zu, jede Gattung von Wild zu fangen; der Regent war nicht die Quelle des Jagdrechts, er mußte sogar, wenn er das Recht, größere Thiere in einem gemeinschaftlichen Walde zu jagen, erwerben wollte, die Einwilligung des Volkes erhalten haben, wie dieß aus der von Hund, (Metrop. Salisb. P. 1. p. 52.) angeführten Urkunde v. 1199. ersichtlich ist, wo das Volk darein willigt, daß der König Philipp die Schweine- und Bärenjagd blos in einer bestimmten Zeit auszuüben befugt seyn soll.

3) Es kommen in den Urkunden häufige Verleihungen der Jagdgerechtigkeit ohne alle Abtheilungen und Unterschied des Wildes vor.

4) Die verschiedenen Arten des Wildes sind in Rücksicht auf die mancherlei Gattungen der Jagd nicht so genau unterschieden. Dieß ist daraus so sichtbar, weil man in der bei der Benennung des Wildes gewöhnlichen Verbindung mancherlei Veränderungen antrifft, z. B. die

Rehe werden mit den Hirschen, Schweinen, Bären bald in Zusammenhang, bald einzeln genannt.

5) In dem funfzehnten Jahrhundert ist in den Lehnbriefen von der hohen und niedern Jagd noch nichts erwähnt. Es kommen zwar in diesem Jahrhundert Urkunden über Belehnungen von der hohen und niedern Jagd vor: als in dem Lehnbriefe der Aebtissin von Quedlinburg v. J. 1479. (Kettner, Antiq. Quedlinb. §. 578.) wo es heißt: mit Mannschaften, Dörfern, Hölzern, Büschen, Weiden, Wildbahnen, hoher und niederer Jagd, Wasser u. s. w. Dann in der des Herzog Ludwig zu Liegnitz in Schlesien v. 1412. (Lünig, Cod. germ. Dipl. P. II. p. 135.) des Markgrafen Albrechts v. Brandenburg an Werner und Gerard von Alvensleben über das Schloß Gardelegen. (Gercken, Dipl. vet. marchiae brandenb. Vol. III. p. 493.) Aus allen diesen Urkunden ergiebt sich, daß die Einschänkung der Jagd auf gewisse Thiergattungen schon sehr alt gewesen, keinesweges aber, daß die hohe Jagd als ein ausschließendes Regal dem Kaiser und nachher dem Landesherrn zugestanden habe; auch kann das nicht dargethan werden, daß bei allgemeiner Verleihung der Jagd die Verleihung nur auf die niedern Thiere beschränkt gewesen sey.

Das älteste Beispiel einer ausdrücklichen Erwähnung der Eintheilung der Jagd in regalistischer Hinsicht kommt in dem von Ernst von Sachsen an die Grafen von Mansfeld ertheilten Lehnbrief v. Jahr 1502 vor, worin es heißt: mit hoher und kleiner Wildbahnen. (Stryck, in der Vorrede zu Fritsch corp. iur. for. n. 42.)

Hiermit stimmen überein: Göbel: (de iure venandi §. 4.) Bilderbeck, (a. a. O. Kap. 6.) Heigius, (quaest. iur. Sax. P. I. q. 15. §. 62.) Leyser, (de assentat. ICtor. p. 102) Reinhart, (de iure forestali german. Sect. 1. c. 2. §. 99. auch in Schott, jurist. Wochenblatt Jahrg. 1. S. 324.) Ulrich, (Diss. de feudo venationis §. 6.) Stisser, (Forst- und Jagdhof Kap. 7. §. 21.) Riccius, (Entwurf der Jagdgerechtigkeit Kap. 4. §. 1. Selchow, (elem. iur. germ. priv. §. 164.) We-

ber, (Handbuch des Lehnrechts Th. 2. S. 282) Andere sind der entgegengesetzten Meinung: Struben, (Nebenst. Th. 1. S. 211.) Schnaubert, (Erläutr. des Lehnr. S. 155. vorzüglich darum, weil die in den Urkunden vorkommenden Ausdrücke, grassa, magna fera, dahin deuten, daß schon in den ältern Zeiten ein Unterschied zwischen dem Wilde selbst in Absicht auf die Jagd gemacht worden.

§. 430. (M. §. 273.)

Der Vogelfang gehört zur Jagd, nicht der Fischfang.

1) Daß der Fischfang von der Jagd schon in frühern Zeiten unterschieden gewesen, ersieht man aus einer Menge Urkunden, welche Pfeffinger (im Vitriar. Tom. III. p. 1077. 1079. 1080. 1085. 1365. 1366. 1367. 1369. 1384 und 1430.) anführt. Der Fischfang steht dem Eigenthümer des Flusses oder Baches und nachdem dieser Privat- oder Staatseigenthum ist, dem Privatbesitzer oder Landesherrn zu.

Wenn daher Jemand mit der Jagdgerechtigkeit in einer Gegend, durch welche Bäche fließen, ohne daran Eigenthum zu besitzen, belehnt ist, so kann er sich deßhalb noch nicht das Recht auf den Fischfang zueignen. Die Fischerei steht daher bei Waldbächen dem Eigenthümer des Waldes zu. Leyser, (Med. ad Pand. Sp. 503. Med. II. p. 671.)

2) Von dem Fischfang läßt sich aber auf den Vogelfang kein Schluß machen: denn

a) begreift die Jagd als genus den Vogelfang unter sich, nicht aber den Fischfang; wenn Jemandem das genus verliehen ist, so steht ihm der Regel nach die species zu.

b) Wenn in ältern Zeiten mit den Raubvögeln die Jagd betrieben wurde und die Regenten besondere Falkenmeister (Folconier) hatten, so folgt daraus noch nicht, daß der Vogelfang als ein von der Jagd getrennter Gegenstand zu betrachten sey. Die Falkonier wurden in Rücksicht der königl. Jagden bestellt, und von der Art, wie die Jagd betrieben wurde, kann man keinen Schluß auf den

Gegenstand der Jagd selbst machen, indem der Falke auch bei Hasenjagden gebraucht wurde.

3) Wenn es sich findet, daß der Vogelfang abgesondert von der Jagd Jemandem verliehen wurde, so beweist dieß nicht das Gegentheil, indem es ja möglich ist, daß nach den besondern Verfassungen solcher von der Jagd getrennt ist, wie in Sachsen (Mand. elect. de an. 1626.), es kann dieß nicht als allgemeine Regel, daß der Vogelfang nicht unter der Jagd begriffen sey, aufgestellt werden.

4) Wenn mehrere Urkunden angegeben werden, in welchen der Vogelfang der Jagd entgegengesetzt wird, so kann dieß darum nicht zum Beweise des Gegentheils angeführt werden, weil der Vogelfang hier, so wie öfters mehrere Rechte, aufgezählt, die als Bestandtheile schon in dem vorausgeschickten generischen Begriffe enthalten waren, und die Diplome nicht selten an dergleichen Clauseln und Enumerationen einen reichen Ueberfluß hatten. So heißt es in dem von Pfeffinger, (a. a. O. Th. 3. S. 1082. 1366. 1368. 1387. angeführten Diplome: auch cum sylvis, rubetis, montibus, vallis, planis, da der, welcher mit Wäldern beliehen war, gewiß auch mit Gebüschen, und der, welchem das Territorium verliehen war, gewiß auch cum montibus, vallis und planis belehnt war.

Der Vogelfang gehört zur niedern Jagd; dieß beweist auch schon die Parömie: Vogelfang gehört zur Wildbahn. (Eisenhart, deutsch. Recht in Sprüchwörtern S. 205. n. XII.) Er begreift das Recht in sich, Vogelheerde, Schieß= und Krähenhütten anzulegen, Dohnen und Lerchennetze zu stellen, Raubvögel zu fangen und zu verfolgen. Man begreift den Vogelfang unter dem sogenannten kleinen Weidwerk; an manchen Orten heißt es das Recht, das stiebende und fliegende Wildpret zu jagen und fahen. (Pfeffinger, ad Vitr. T. III. §. 15. not. 6. p. 1432.)

Die Eintheilung der Jagd in die hohe und niedere kann auch auf den Vogelfang angewandt werden. Wenn die zur hohen Jagd gehörigen Thiere nicht namentlich und bestimmt mit auf das wilde Geflügel und Federwildpret

ausgedehnt ist, da kann der zu der niedern Jagd Berechtigte die Auerhähne, Trappen und Schwäne dennoch schießen, weil jede ausgedehnte Erklärung der hohen Jagd unzulässig ist. (Runde, d. PR. §. 154.)

Hiermit stimmen überein: Meichsner, (Th. IV. Dec. 7. n. 35.) Pietsch, (a. a. O. §. 119.) Wehner, (observat. pract. voc. Vogelweid.) Pfeffinger, (a. a. O.) Beck, (von der forstl. Obrigkeit S. 263.) Eisenhart, (a. a. O.) Weber, (Handb. d. LR. Th. 2. S. 290.) Hagemann, (Landwirthschaftsr. S. 372. §. 207.) Das Gegentheil vertheidigt Riccius, (von d. Jagdgerechtigkeit Kap. 1. §. 5. S. 9.)

§. 431. (M. §. 273.)

Fischottern gehören zur Fischerei, Biber zur Jagd.

Die meisten Landes- und besondern Verordnungen bestimmen, daß Fischotterrn und Biber der Jagd angehören; als die bair. Gejaidordnung K. 13 u. 16. (Kreitmaier, Anmerk. zum Cod. Max. Th. 2. K. 3. §. 3. n. 3. S. 305.) Chursächs. Const. v. 1717. Hessen Casselsche Fischordnung v. J. 1777. §. 21. Die Sachsen-Eisenachische v. 21. Jan. 1799. bestimmt, daß jederman schädliche Fischottern wegfangen kann, doch muß er bei Legung der Schlingen den Fischereiberechtigten davon benachrichtigen, eine Anzeige bei der Jägerei ist nicht nothwendig; der Jäger kann aber Ottern fangen und schießen. Diese Bestimmung nähert sich der Parömie: Otter und Biber gehören nicht in den Forst, haben auch keine Freyung und Häge. Eisenhart, (d. Recht in Sprüchwörtern S. 197. n. IV.) ist zwar der Meinung, daß hieraus die Befugniß des Jagdberechtigten, die Ottern zu erlegen, abzuleiten sey, allein aus den Worten selbst ergiebt sich das Gegentheil; beiden, dem Fischereiberechtigten und dem Jagdherrrn steht dieses Recht zu.

Die meisten Rechtsgelehrten sind der Meinung, daß die Fischottern und Biber zur Jagd gehören, als: Knipschild, (de civit. imperii Lib. 2. C. 7. n. 68.) Weh-

ner, (Art. Forstrecht in obs. pract. p. 257.) Struv, (Diss. de fluminibus th. 20.) Stisser, (in der Forst- und Jagdhistorie K. 6. §. 73. S. 234.) Seckendorff, (deutscher Fürstenstaat Th. 3. Kap. 3. §. 2.) Estor, (Rechtsgel. d. Deutschen Th. 1. §. 1320.) Leyser, (im iure georgico Lib. III. c. 14. n. 71.) von Rohr, (Haushaltungsrecht B. 8. Kap. 5. §. 23.) u. a. Der einzige Grund, der angeführt wird, ist der, weil diese Thiere wie Wildpret geschossen und gefangen werden. Dieser Grund ist aber darum verwerflich, weil ja auch andere Fische, als Hechte und andere große Fische auf diese Art erlegt werden können, und das Mittel sich eines Thieres zu bemächtigen, zur Bestimmung einer allgemeinen ausschließlichen Befugniß nach der Natur der Sache nicht für hinreichend zu halten ist Die Meinung der Rechtsgelehrten, welche der entgegengesetzten sind, und diese Thiere als Gegenstand der Jagd betrachten, ist daher weit gegründeter. Denn

1) leben die Fischottern mehr im Wasser als auf dem Lande, sie sind daher als Zubehör des Weihers oder See's anzusehen. Wenn sie kurze Zeit auf dem trockenen Lande zubringen, so giebt dieß den Jagdberechtigten noch kein Recht zum Fange derselben, indem, wenn man dieß annehmen wollte, auch dem Fischereiberechtigten die Befugniß zustehen würde, wenn der Hirsch durch den Fluß setzt, sich seiner zu bemächtigen, die wilden Enten und Wasservögel sich zu zueignen.

2) Die Fischotter erhält alle ihre Nahrung aus dem Wasser, sie ist der fürchterlichste Fischdieb. Vorzüglich sind sie den Forellenbächen äußerst nachtheilig.

3) Da die Fischottern den Fischen großen Schaden zufügen, so hat auch der Fischereiberechtigte, der von Niemanden mit Ersatz und Abwendung mit Recht verlangen kann, die Befugniß, solche zu erlegen und sich zuzueignen. Es würde die höchste Ungerechtigkeit seyn, wenn man dem Fischberechtigten dieses Recht nicht gestatten wollte; es würde gegen die Grundsätze des allgemeinen Staasrechts anstoßen, da die gesetzgebende Gewalt mit solchen Anordnungen die Behauptung der Sicherheit des Eigen-

thums in einem Falle Schranken setzen würde, wo sie selbst keine Sicherheit schaffen kann, und ein wohlerworbenes Recht des einen Staatsbürgers der auf nichts beruhenden Prätension des Andern Preis geben würde.

4) Die Fischottern gehören zu den schädlichen Raubthieren, für welche nach dem Mittelalter kein Fried und Bann gesetzt ist, (Sachsenspiegel B. 2. Art. 61. Schwabenspiegel Kap. 356.) oder welche, wie die Parömie sagt, keine Häge haben. Diese können sonach von Jedermann, vorzüglich aber von dem, welchen die Beschützung seines Eigenthums hierzu antreibt, verfolgt und gefangen werden.

5) Wenn gleich die meisten Jagdordnungen die Fischottern zum Forstregal rechnen, so entsteht dadurch kein gemeines Recht, so wie die Erkenntnisse der Gerichte, welche sich auf eine besondere Observanz oder auf die Meinungen der Rechtsgelehrten stützen, nicht als allgemein geltende Entscheidungsnorm gelten können.

Auf die Biber sind aber diese angegebenen Grundsätze nicht ganz anwendbar. Denn was den erstern anbetrifft, so lebt der Biber mehr auf dem trocknen Lande, was den zweiten betrifft, so lebt der Biber nicht von Fischen, (Krünitz, öc. Encyclopadie Th. 4. S. 391. Martini, allg. Geschichte der Natur in alph. Ordnung S. 355.) sondern vorzüglich von Rinden der Pappeln, Espen, Birken und allerlei Wurzelwerk; auch sind sie den Fischen nicht so gefährlich und werden gewöhnlich mit Schießgewehren gefangen, (welches aber keinen Entscheidungsgrund allein abgeben kann,) sonach sind sie eher zur Jagd zu zählen. Einige sind der Meinung, daß beide, die Fischottern und die Biber zum Fischfang gehören, als: Noe Meurer, (Chur-pfälz. Rath in der Mitte des XVI. Jahrh. Jagd- und Forstrecht Marb. 1611. S. 68.) Ein Ungenannter,[n]) (in einer Abh. v. 1638. aufgenommen in Speidel specul. iu-

n) Er bemerkt, wenn die Biber und Ottern keine aquatilia wären, würde man in der römisch-cathol. Kirche solche an Festtagen nicht essen dürfen. Allein dieser Grund ist ganz hinfällig.

iurid.) Oertel, (Observ. illust. equestr. P. 1. obs. 10. p. 101. Augsb. 1722.) Runde, (Beitr. z. d. PR. B. 2. n. XI.) In Schwaben, wie Oertel und Kreitmaier bemerken, gehören beide zur Fischerei; so auch nach der Verord. Leopolds I., (in Guarient. Codex aust. P. I. p. 599.)

§. 402. (M. §. 275.)

Die Jagdfolge steht dem Jagdberechtigten zu.

Jagdfolge heißt einmal: die Befugniß des Jagdberechtigten, von den Unterthanen Dienste zum Zweck der Jagd zu fordern, oder das Recht zu Jagdfrohnen; dann die Befugniß, vermöge welcher der Jagdherr berechtigt ist, das Wild, welches er auf seinem Jagdrevier durch Verwundung u. s. w. zu occupiren angefangen, und welches auf einen andern Jagdbezirk entflohen ist, eigenmächtig zu verfolgen und sich zu zueignen; es wird auch Nacheile, richtiger aber Wildfolge genannt. Es ist solches schon in den ältern deutschen Gesetzen begründet, o) als in den salischen: in der Lege Sal. tit. 36. §. 5. heißt es: Si quis cervum lassum quem alterius canes moverunt et adlassaverunt, involaverit, aut celaverit, DC. denar. qui faciunt solid. XV. culpabilis iudicetur. Lex Rotharis (n. 319. bei Georgisch, Corp. iur. germ. antiq. p. 1005.) Si cervus aut quaelibet fera ab aliquo homine sagittata fuerit, tamdiu illius esse intelligatur, qui eam sagittavit, aut vulneravit, usque ad aliam talem horam diei aut noctis, quae sunt horae XXIV. quando eam postposuerit, et se ab ea tornaverit: nam qui eam post transactas horas praedictas invenerit, non sit culpabilis, sed sibi habeat ipsam feram. Im Sachsenspiegel B. 2. Art. 61. heißt es: Jaget ein man ein wilt uzen dem vorste und volgen ime die hunde in den vorst, der man muz volgen so daz her nicht en blase

o) Nieper, (D. de seq. venatoria Goett. 1789.) hält die Jagdfolge nach dem Naturrecht für erlaubt; auch bei den Römern sey es erlaubt gewesen, um der Jagd willen den fremden Boden zu betreten. L. 16. D. de S. P. R.

noch die hunde nicht en gruze, und musse tut das nicht an, ab her san das wilt vet, sinen hunden muz he wol wider rufen. So auch der Schwabenspiegel Kap. 352. §. 4. 5. Ein vom Kaiser Friedrich gegebenes Gesetz (Radevicus, de rebus gest. Friedr. I. L. 1. c. 26.) bestimmt: si quis lance vel gladio feram percusserit et antequam manu levaverit, alter occupaverit, non occupantis erit: sed qui occiderit eam, sine contradictione obtinebit. In einer Urkunde von 1247. (Günther, Cod. II. p. 219.) ist bestimmt, daß ein versprengtes Wild dem gehöre, der es zuerst angejagt. Hiernach hat sich ein allgemeines Herkommen gebildet, das die Reichsstände, welche an Stand und Würden einander gleich waren, wechselseitig in ihren Ländern sich gestatteten, auch räumten die Reichsstände dieses Recht den angrenzenden Fürsten ein. Moser, (Forstarchiv B. 9. S. 16.) Mehrere Landesgesetze haben auch solches bestätigt, als: in der bayerischen Gejaids-Ordnung Kap. 3. Magdeb. Jagdordnung v. 6ten März 1649. Pr. LR. Th. 1. tit. 9. §. 130 — 140. K. Leopold Jägerordnung von 1675. (bei Hohberg adel. Landleben Th. 2. S. 596.) u. m. (s. Riccius von der Jagdgerechtigkeit. Hauptst. 8.)

Es wird, wenn keine ausdrückliche Bestimmung vorhanden, gewöhnlich das Reciprocum beobachtet, weßhalb auch kein Jagdberechtigter verbunden ist, die Jagdfolge demjenigen zu gestatten, der das Reciprocum verweigert.

Ueber die Territorialgrenzen erstreckt sich solches nicht. In welchen Fällen die Wildfolge statt hat, binnen welcher Zeit sie auszuüben, wem sie überhaupt zukomme, hängt freilich von der Bestimmung der Particulairgesetze und von der Observanz ab.

Ohne geschehene Verwundung des Wildes, dergestalt das es schweißet, findet die Wildfolge nicht statt; bisweilen ist bestimmt, daß der Ort, wo die Verwundung geschehen, bezeichnet werden muß; nach der bay. Jagdordnung findet das Verbrechen statt, d. h. es wird ein Zweig von dem Baum genommen, und dort, wo das Thier sich hingewandt, in die Erde gesteckt, oder an den Ort, wo

es gefällt wird, hingelegt. Gewöhnlich muß auch die Anmeldung an den Jagdrevierberechtigten geschehen, damit keine servitus venandi entsteht, (Kestner, de sing. quib. germ. circa res et pers. iur. §. 13.) auch die Jagdfolge nicht länger als 24 Stunden dauern; auch ist es untersagt, daß der Jäger bei der Nacheile blase und die Hunde anhetze.

Während der Nachfolge steht auch dem Jagdherrn des Orts, wohin das Wild geflohen ist, das Recht zu, solches zu occupiren, indem die Nachfolge dem Nacheilenden weder ein Eigenthum noch auch Besitz des angeschossenen Wildes giebt, sondern blos eine entfernte Hoffnung, es einzufangen. Leyser, (sp. 439 de occupatione §. 1.) Andere wollen jedoch das ius praeventionis nur in dem Falle gestatten, wenn die ordentliche Zeit der Nachfolge abgelaufen, oder, wenn keine bestimmt ist, nicht alles dasjenige beobachtet worden, was bei der Nachfolge zu beobachten ist. Pietsch, (a. a. O. §. 119.)

Den landsässigen Jagdberechtigten wird bisweilen gestattet, in den landesherrlichen Jagddistricten die Wildfolge auszuüben; z. B. in braunschweig-lüneburgischen Ländern: Bülow und Hagemann, (Erörtr. B. 1. n. 11.) in andern aber nicht. Ob solche in Sachsen statt habe, ist bestritten. Seckendorf, (im Fürstenstaat Th. 3. Kap. 3. S. 5. §. 6.) Berger, (oec. iur. tit. 2. lib. 8. T. 1. p. 240.) Das Gegentheil nimmt an: Mylius, (Prog. an in sax. elect. venandi iure gaudenti ius feram in proprio fundo ab eo vulneratam vel canibus agitatam in alienum persequendi ibique capiendi et quidem inter privatos competat? Lips. 1776.), dann Haubold, (sächs. Privasrecht §. 135.)

Mit dem Hauptgrundsatz, daß die Jagd oder Wildfolge überhaupt dem Jagdherrn zustehe, stimmen überein: Seckendorf, (Fürstenstaat P. 3. c. 3. S. 4. §. 6.) Pufendorf, (T. III. obs. 192.) v. Selchow, (rechtl. Bedenken B. 2. n. 140.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. Kap. 3., §. 3. n. 25.) Nieper, (de sequela venatoria, vulgo Jagdfolge. Gött. 1789.)

Höpfner, (Commentar über die Institutionen §. 301.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 206. S. 370.) Ebend. und Bülow, (pract. Erörtr. B. 1. n. XI. B. 7. n. 81.) Andere sind der Meinung, daß dieses Recht darum nicht statt findet, weil der Jagende erst alsdann ein erworbenes Recht auf das Wild habe, wenn er es in seine Gewalt gebracht hat, und jeder Eigenthümer befugt sey, den, welcher der Jagd wegen seinen Grund und Boden betritt, zurückzuweisen; es könne sonach dem Jagdberechtigten blos dann zustehen, wenn er solches durch ein Privilegium erhalten, oder die Landesgesetze solches ausdrücklich ihm zusichern, als: Ickstatt, (a. a. O. P. 2. C. 5. §. 3.) Leyser, (ius georg. L. 3. c. 12. n. 53.) Danz, (Handbuch d. deutsch. P. R. B. 2. S. 55.) welcher Meinung auch der Reichshofrath gewesen. Moser, (Reichshofraths Concl. P. V. p. 592.)

§. 433. (M. §. 276. n. 2.)

Der Grundeigenthümer ist berechtigt, Ersatz für den durch das Wild auf seinen Grundstücken bewirkten Schaden von dem Jagdherrn zu verlangen, welcher durch des Letztern Nachlässigkeit veranlaßt ist.

Daß der Jagdherr unter gewissen Voraussetzungen verbunden ist, den Schaden, welchen das Wild den Grundeigenthümern verursacht, zu ersetzen, ergiebt sich aus folgen Gründen.

1) Ein Jeder, der einem Andern aus groben Versehen einen Schaden unmittelbar oder mittelbar zufügt, oder ein auf Schadenersatz abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt, ist verbunden, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, vollständig zu ersetzen.

2) Der Jagdberechtigte ist sonach verbunden, dem Grundeigenthümer den Schaden, den das Wild veranlaßt, zu ersetzen, p) wenn er

p) Ferdinand II. erkannte die Verbindlichkeit, den Unterthanen den Schaden zu ersetzen, an; und Churfürst Moritz verordnete in seinem Testament, daß sein Nachfolger 200 Rthl. unter diejenigen vertheilen sollte, welche durch Wildschäden gelitten hätten.

a) die Mittel anzuwenden versäumte, welche eine Beschädigung hätten abwenden können, unter andern durch Anlegung von Wildzäunen, mit Gestattung des Waldherrns; und überhaupt, wenn er sich einer groben Nachlässigkeit schuldig macht.

b) Wenn er das Wild in großer Menge gehegt hat. Da der Beweis der übermäßigen Hegung des Wildes für den Beschädigten mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, und die Unterthanen alle mögliche Begünstigung verdienen, so muß allezeit von der wirklich bewiesenen Existenz eines beträchtlichen und zu wiederholten Malen verursachten Schadens auf eine, dem Jagdherrn des Districts zur Last fallende, übermäßige Hegung des Wildes geschlossen und derselbe zum Schadenersatz verurtheilt werden, wenn er nicht zeigen kann, alle mögliche Mittel angewandt zu haben, um das Wild unschädlich zu machen.

c) Der Einwand:

1) daß das Wild nicht in seinem, sondern in andern entfernten Jagddistricten seinen gewöhnlichen Stand und Aufenthalt habe, kann darum nicht vom Schadenersatz befreien, indem der Jagdberechtigte der Beschädigung durch Wegschießen des Streifwildes hätte vorbeugen können;

2) daß der Schade unbeträchtlich sey; allein darauf ist keine Rücksicht zu nehmen; genug, es ist ein Schade, und das Jagdrecht kann ohne Beschädigung gegen Dritte ausgeübt werden.

3) Eben so hinfällig ist der Einwand, daß die Feldeigenthümer unterlassen hätten, die nöthigen Anstalten zu machen, um das Wild abzuhalten, v. Feuerbach, (Themis S. 141.) durch Anlegung von Zäunen, Gräben, Anstellung der Wildhirten. q) Nur in dem Falle würde dieser Einwand in Betracht kommen, wenn der Jagdberechtigte

q) Daß der Jagdherr schuldig sey, das Wildwächterlohn zu ersetzen, ist wohl unbedenklich, aber zur Abtreibung des Wildes von den Feldern der Eigenthümer scheint der Jagdherr nicht verpflichtet zu sein. Die würtembergische Verordn. v. 18. Jan. 1817. (Hezel, Repertorium VII. S. 170.) ordnet das Institut der Comunalschützen, indem eine jede Gemeinde zwei unbescholtene ehrbare Männer zur Wegpürschung des zu Schaden gehenden Wildes aufstellen darf.

sich keiner übermäßigen Wildhegung schuldig gemacht. Denn einen jeden durch das Wild verursachten Schaden ist der Jagdberechtigte zu ersetzen nicht verbunden, wenn er ganz zufällig ist, wenn er nicht durch eine Thierart veranlaßt wurde, die in der Gegend zu hegen unerlaubt ist. [o])

r) So soll nach der Pr. Verord. v. 19. Jan. 1819. gar kein Schwarzwild gehegt werden. Wird es dennoch gehegt, so hat die Regierung die Befugniß, es nieder schießen zu lassen.

d) Ob der Schaden durch das Wild aus den Jagdrevieren des Landesherrn oder aus den der übrigen veranlaßt wurde, ist ganz gleich, denn auf die Eigenschaft des Jagdherrn kommt es nicht an; jener ist hier wie Privatperson zu betrachten, und gleich dieser zur Entschädigung verbunden.

Hiermit stimmen überein: Seb. Medicus, (Tract. de venat. et pisc. Coeln 1517. p. 41. wo er sagt: Princeps prolubens venationem, tenetur ad damna, quae animalia ob prohibitionem inferunt in agris alienis.) Hildebrand, (Diss. de conservatione fer. nocivar. Alt. 1709. §. 10. 11. 56.) Moser, (Syntagma diss. sel. iur. pub. p. 532.) Rohr, (Haushaltungsrecht B. 7. Kap. 7.) Riccius, (Jagdrecht Kap. 9. §. 10.) Beck, (de iurisd. forest. c. 13. §. 13. p. 245.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. S. 968.) Runde, (deutsch. PR. §. 160.) Seuffert, (de damno per ferarum incursus — dato — resarciendo. Wirc. 1778.) Abh. über die höchst schlimmen Folgen des übertriebenen Jagdwesens in Deutschland und die hierüber angenommenen Grundsätze der Reichsgesetze. Ulm 1795. v. Bülow und Hagemann, (Erörterungen B. 3. n. 6.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 374.) Ramdohr, (jurist. Erfahrungen 2. S. 479.) Schmidlin, (Handb. der vereint. Forstgesetzgeb. Th. 1. S. 264.) Moser, (Forstarchiv B. 8. S. 1.) Pfeiffer, (pract. Ausführungen B. 3. n. 5.) Waldeck, (Controversen-Entscheidungen des gem. Appellationsgericht zu Wolfenbüttel. Braunschweig 1827. B. 1. St. 4.) Bielitz, (pract. Comm. über das pr. LR. B. 2. S. 184.) Eichhorn, (Einl. §. 285.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. nassauische Verordn. v. 21sten Mai

1801. v. 10ten Jan. 1815., weimarische v. 19ten Jan. 1819., würtembergische v. 13ten Juni 1817., bay. Verordn. v. 9ten Aug. 1806 über den Wilddiebstahl §. 1.

Dagegen nehmen Andere an, daß der Jagdherr verbunden sey, diesen Schaden zu ersetzen, indem unrichtig die actio de pastu angewandt werde; [s]) vorzüglich lassen sie diesen unbedingten Schadenersatz eintreten, wenn der Schaden durch wilde Schweine verursacht ist, um so mehr, da das erzwungene Schadenersatzquantum niemals den Nachtheil vollständig decke, welches der Landwirthschaft zugefügt werde. Münter, (von der Erfahrung in der ausübenden Rechtskunde Th. 1. S. 131.) Nach einer pr. Verordn. v. 14ten Sept. 1811. soll nach §. 57. der vom Jagen und Wildfraß herrührende Schaden unbedingt ersetzt werden.

s) Diese findet hier nicht statt, sondern blos die actio in factum, v. Glück, PCom. Th. 10. S. 273. oder wie Klüber, in d. Biblioth. z. d. N. B. 5. S. 408, sie nennt: actio de damno iniuria dato.

Einige nehmen an, daß der Jagdherr blos eine unvollkommene Pflicht habe, indem der Schaden blos zufällig sey. Leyser, (ius georgicum Lib. III. c. 13. p. 497.)

Noch Andere unterscheiden zwischen dem Jagdberechtigten; wenn dieser der Landesherr ist, so fiele aller Schadenersatz weg. Riccius, (Jagdrecht S. 32. 161.) Beck, (de iure fisci p. 243.) Ickstatt, (v. Jagdrecht II. 2. §. 42.)

§. 434.

Der Landesherr ist nicht berechtigt, Schadenersatz (eine Wildsteuer) von den Unterthanen zu fordern, wenn er das Wild wegschießen läßt.

Der Jagdberechtigte ist verbunden, den Schaden zu ersetzen, welcher aus dem übermäßigen Hegen des Wildes entstanden ist; sonach kann er auch dieses wegschießen, nur kann er dazu nicht angehalten werden. Thut er es aber, so ist die Frage wichtig: ob er berechtigt sey, wegen verminderter Kammereinkünfte einen Ersatz von den Unterthanen zu fordern? Da es zum wahren Vortheil der Unterthanen gereicht, daß ihre Felder nicht durch das Wild

mehr verwüstet werden, und sie auch keine kostspieligen Anstalten zu treffen brauchen, das Wild abzuhalten, so scheint es der Billigkeit gemäß zu seyn, daß sie die Wildsteuer bezahlen. So billig es scheint, so ist doch diese Ansicht irrig. Die Einkünfte gründen sich hier nämlich auf ein Kapital, das in Thieren besteht; bemerkt nun der Landesherr, daß dieses lebendige Kapital ohne den Ruin oder wenigstens ohne Schaden der Unterthanen nicht benutzt werden kann, so ist er verbunden, hier eine Abänderung zu treffen; schießt er nun das Wild nieder, so verwandelt er das lebendige Kapital durch den Verkauf des Wildes in ein todtes, in klingende Münze. Dieses kann nicht unter die jährlichen Einkünfte gebracht werden, es ist ein Surrogat des lebenden Kapitals, gehört sonach dem Staate, dessen Pflicht es ist, dieses Geld so vortheilhaft als möglich unterzubringen, so daß dessen Nutzungen wieder ein Surrogat des jährlichen Wiederertrags werden. Dadurch wird der Etat gedeckt und so ist es klar, daß die gänzliche Ausrottung des Wildes keine Verminderung in den Staatseinkünften verursachen kann, sondern daß blos ein lebendiges Kapital in ein anderes verwandelt wird. Hierzu kommt noch der Gewinn, welcher dadurch für die ungestörte Landescultur entsteht.

Hieraus ergiebt sich, daß der Staat nicht berechtigt ist, irgend eine Entschädigung von den Unterthanen in dieser Hinsicht zu fordern. Uebereinstimmend Weber, (Ueber die Einführung d. Wildsteuer. Nürnb. 1794.) Staatswirthschaftl. u. jurist. Literatur v. Juni 1794. St. 291 — 317. Häberlin, (Handbuch des deutsch. Staatsrechts Th. 3. S. 182.)

§. 435. (M. §. 277.)

Einen Wildzaun anzulegen, steht dem Jagdherrn nicht zu.

Die Parömie sagt zwar: wer mag jagen der darf auch hagen; unter Hag ist ein um einen Wald aufgerichteter und gewöhnlich mit Graben versehener Zaun zu verstehen.

Wenn man dem Jagdherrn die Befugniß gestatten wollte, den Zaun anzulegen, und das Holz aus der Waldung zu

nehmen, so würde dieß ein Eingriff in ein wohlerworbenes Recht des Waldherrn seyn; denn es ist, um die Jagd auszuüben, die Umzäunung unnöthig.

Hiermit stimmen überein: Gail, (Lib. II. obs. n. 68.) Riccius, (Jagdrecht S. 271.) Eisenhart, (Grundsätze d. d. R. in Sprüchwörtern S. 204.) v. Berg, (jurist. Beobachtungen und Rechtsf. B. 1. S. 239.)

Andere dagegen sind der Meinung, daß dieses Recht dem Jagdherrn zustehe. Struv, (Synt. iur. feud. T. 1. c. 6. §. 2. n. 6.) Meurer, (Forstrecht P. 1. tit. ob der zu jagen auch zu hegen habe.) Auch wollen noch Einige dieses Recht blos dem Landesherrn gestatten. Bilderbeck, (Qu. 17. n. 1. p. 105.)

§. 436. (M. §. 278. n. III.)

Der Jagdberechtigte braucht dem Landesherrn keine Vor- noch Mitjagd zu gestatten, wenn dieß nicht ausdrücklich bestimmt ist.

Es sind zwar Mehrere, als: Köppen, (Dec. 15. n. 9.) Meurer, (Jagd- und Forstrecht Th. 7. S. 118.) Besold, (Thes. pract. voc. Jagen.) Wehner, (Observ. pract. voc. Forstrecht.) Meichsner, (Decis. cam. 33. n. 17.) v. Fritsch, (Corp. iur. for. P. 2. cons. 29. n. 3.) der Meinung, daß dieses Recht dem Regenten zustehe, weil 1) die Vermuthung sey, nach welcher die Regalien überhaupt, folglich auch das Jagdrecht allezeit mehr cumulativ als privativ verliehen sey; 2) weil die Regalien streng auszulegen sind; 3) findet hier analogisch dasjenige Anwendung, was bei Servituten gilt; der Eigenthümer kann die Sache nebst dem Servitutberechtigten benutzen, und eben so wie dieser die Gerechtsame ausüben; 4) sind die Landesherrn vom Kaiser mit aller fürstlichen Obrigkeit, Wildbahn und Jagdgerechtigkeiten durch das ganze Land, sonach auch über die Güter der Adeligen beliehen worden. Allein alle diese Gründe sind bei näherer Prüfung unstatthaft. Denn

1) die Vermuthung, daß ein Regal nicht privativ, sondern blos cumulativ verliehen sey, ist ganz unrichtig. Der Regent mußte, wenn er dieses Recht ausüben wollte, sich

solches ausdrücklich vorbehalten haben: auch folgte eine stillschweigende Begebung daraus, wenn er das Jagdrecht Jemandem zu Lehn oder Emphyteuse giebt, oder titulo oneroso ihm verleiht. Strub, (de feudis C. 6. §. 18. n. 5.) Ulrich, (de feudo venationis §. 8.) Böhmer, (ius pub. univ. L. 2. c. 10. §. 10.) zählt hierher noch den Fall, wo die Jagdgerechtigkeit den Adeligen zusteht, weil in diesem Falle nicht eigentlich eine Uebertragung, sondern Restitution erfolgt sey; aliter dicendum (schreibt er) si princeps ius venandi nobilibus concedit in feudis propriis, quia hic libertatem iis ademtam restituit.

2) Daraus, daß von einer Gattung des Regals auf eine andere noch kein Schluß zu machen, daß bei unbestimmter Verleihung eines Regals, das mehrere Gattungen unter sich begreift, nur das geringere verliehen sey, folgt nicht, daß derjenige, der einem ein Recht verleiht, ihm dasselbe nicht ausschließlich, sondern den bloßen Mitgebrauch desselben verliehen habe. Diese Behauptung hat nicht nur die Natur der Sache, sondern auch die Analogie der übrigen verliehenen Regalien gegen sich, und es läßt sich nicht einsehen, warum man das, was noch Niemand bei größern Regalien, z. B. bei der Gerichtsbarkeit zu behaupten wagte, bei einem geringern Regal, wie die Jagd, (wenn man sie als Regal ansehen will) zu behaupten erlaubt.

3) Die Analogie von Dienstbarkeiten ist hier ganz unanwendbar, indem die Mitbefugniß dem Dienstpflichtigen nur unbeschadet des Dienstherrn zusteht, die Vor- und Mitjagd zum offenbaren Schaden des Jagdberechtigten gereicht, die als Servitut bestellte Nutznießung den Antheil des Eigenthums ausschließt, und überdieß bei den Gütern, wo die Jagd als eine Pertinenz des Gutes verliehen, das verliehene Jagdrecht als keine Dienstbarkeit zu betrachten ist.

4) Aus der kaiserlichen Verleihung folgt endlich blos so viel, daß dem Landesherrn die Jagd nur in öffentlichen Waldungen, so wie in den Bannforsten, die dem Kaiser anfänglich zuständig waren, und endlich in die Hände der Landesherrn kamen, verliehen worden sey, nicht aber, daß die

Vor- und Mitjagd denselben in Waldungen, welche zu dem privativen Eigenthum gehörten, und deren Eigenthümer bereits das Jagdrecht hergebracht hatten, vielweniger in Rücksicht der von ihnen ausschließlich als Lehn verliehenen Jagden zustehe.

Hiermit stimmen überein: v. Selchow, (elem. i. germ. §. 165. (286.)) Cramer, (de iure prae et convenandi superioritati territoriali non annexo sed a dominio territoriali reservando, si ipsi competat. in opusc. N. II. p. 68.) Pietsch, (a. a. O. §. 95.) Runde, (d. PR. §. 155.) Schnaubert, (Erläut. des Lehnrechts §. 73.) Stengel, (Beiträge B. 1. S. 236.) Weber, (Handbuch d. LR. Th. 2. S. 293.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 364.) Schilling, (Jagdrecht S. 144.) s. a. Pr. LR. Th. 1. tit. 9. §. 159. 164. u. Th. 2. tit. 14. §. 32.

§. 437. (M. §. 278.)

Der zur Koppeljagd Berechtigte kann die Jagd zwar einseitig aber nur auf weidmännische Art ausüben.

Wenn gleich von Mehreren, als von Leyser, (Medit. Sp. 155. n. 67.) Mohr, (de iure venandi P. 2. C. 6. n. 17.) Speidel, (voce Jagd) angenommen wird, daß die Koppeljagd nicht einseitig ohne Wissen und Willen der andern Interessenten ausgeübt werden kann, so ist diese Meinung darum ungegründet, weil keine gemeinschaftliche Ausübung des Rechts, ohne ein gemeinschaftliches Recht vorhanden ist. Nun wird freilich vorausgesetzt, daß dieses auf weidmännische und auf ordentliche Art geschieht, nicht zum offenbaren Ruin der Jagd und zum Nachtheil der Mitinteressenten, mithin nicht einseitig an mehrere Personen zugleich verpachtet oder von mehreren Schützen eines Jagdinteressenten begangen werden darf, daß kein Berechtigter wider Willen der übrigen Theilnehmer, auf dem Koppelrevier eine Klapperjagd anzustellen befugt ist, wenn nicht ein anderes durch einen besondern Vertrag eingeführt seyn sollte. Diese richtige Meinung vertheidigen: Engau,

(ius german. L. 2. §. 203.) Rohr, (Haushaltungsrecht L. 7. c. 9. §. 6.) Fritsch, (Tract. de i. for. M. 4. §. 6.) Schneider, (de iure praeventionis circa venationes §. 17.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. C. Max. B. 2. S. 312.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 366.) Ebend. u. Bülow, (practische Erört. B. 1. n 10.) Kind, (Quaestiones for. T. 1. p. 384.)

§. 438. (M. §. 279.)

Zwischen Wasserregal und Wasserhoheitsrecht ist ein wesentlicher Unterschied.

Das Wasserhoheitsrecht besteht in dem Oberaufsichtsrecht über alle Flußnutzungen, in dem Recht, Wasserordnungen zu geben, das zu fordern, daß ein jeder, der größere auf den Wassergebrauch sich beziehende Anstalten errichten will, die Genehmigung der höchsten Gewalt hierzu erholt habe. Sie bezieht sich gewöhnlich auf öffentliche Flüsse; (Pr. L R. Th. II. tit. 15. §. 38.) jedoch kommen in einzelnen Ländern auch Ausdehnungen auf Privatflüsse vor. (z. B. nach der märkischen Wasserordnung v. 1525) Das Wasserregal aber besteht in dem ausschließlichen Nutzungsrecht der Flüsse von Seiten des Staats, so daß die Unterthanen ohne besondere Verleihung und Genehmigung des Regenten hiervon keinen Gebrauch machen können. Diese läßt sich nicht dadurch erweisen:

1) weil dem Staat die Gerichtsbarkeit über die Flüsse zusteht, indem der Grund und Gegenstand ganz verschieden ist;

2) weil dem Staate das Schutzrecht über öffentliche Ströme zusteht; es wurde nämlich angenommen, daß das Wasser des Reiches Straße sey; (Sachsenspiegel 2. 66.) so wie nun der Reisende auf der Landstraße Schutz bedarf und dafür das Geleite zahlt, so finde dieß auch bei schiffbaren Flüssen statt. Eben deßhalb, weil die Flüsse manche Einkünfte dem Regenten brachten, kommen in den Weisthümern schon Bestimmungen über die Rechte der Flüsse vor, so wie Verfügungen der Landesherrn über die Einkünfte der Flüsse. (Spangenberg, Beitr. z. d. Recht S. 209.)

3) weil der Kaiser die Benutzung kleinerer Flüsse öfters verschenkt hat, folgt noch nicht die Regalität, denn öfters erfolgten Schenkungen von wüsten Plätzen, Sümpfen u. s. w. welche nicht unter die kaiserlichen Hoheitsrechte zu zählen sind.

4) Die Bestimmung in II. F. 56. wo es heißt: viae publicae, flumina navigalia, ex quibus fiunt navigabilia, — piscationum reditus — totum ad eum pertineat; ist in Deutschland unanwendbar, indem diese Verordnung keine Gesetzkraft erhalten hat. (s. §. 413.)

5) weil in dem römischen Recht öffentliche Flüsse von andern unterschieden werden. (Ulpian sagt in L. 1. §. 1. D. de fluminibus: fluminum quaedam publica sunt, quaedam non: publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis.) Weil die res publicae aber zu den Rechten des Regenten gehören, so hätte auch der Staat einzig und allein darauf Ansprüche. Allein auch dieser Grund ist ganz hinfällig, indem das römische Recht in den Lehren des öffentlichen Rechts unanwendbar ist; auch läßt sich aus der Reception dieses Rechts nicht herleiten, daß es bestehende Eigenthumsrechte verändert habe.

Diese scheinbaren Gründe waren hinreichend, um die ältern Juristen, die so gern dem Landesherrn huldigten, dahin zu bringen, die Regalität zu behaupten. (s. Eichhorn, RG. Th. IV. S. 412. §. 548.) Wie ungegründet aber diese Meinung ist, ergiebt sich schon aus der Widerlegung dieser Gründe, hierzu kommt aber noch

1) daß in den ältern deutschen Urkunden Gewässer mit zu den Pertinenzen der Grundstücke gezählt wurden; hierauf gehen die in den Urkunden vorkommenden Ausdrücke: aquae aquarumque decursus (Tub. an. 770. bei Meichelbec, Hist. frising. T. 1. p. 69. Biener, de natura et indole dominii in territoriis germ. Halae 1780. §. 22. p. 114. not. h.)

2) Daß die Rechtsbücher des Mittelalters (Sachsenspiegel B. 2. Art. 28. Schwabensp. Art. 207.) die Gewässer, welche stromweise fließen, so wie die Schiffahrt und

die Fischerei als ein Recht der natürlichen Freiheit betrachten, jedoch so, daß hergebrachte Nutzungsrechte an bestimmten Orten dadurch nicht beeinträchtigt werden dürfen. Auf diese hatte der Anstoßende, welcher das echte Eigenthum besaß, Ansprüche.

3) So wie die Waldnutzung durch Einforstung eingeschränkt wurde, scheint auch bei Strömen ein ausschließliches Nutzungsrecht durch königl. Verleihung und von Beliehenen erhaltene Privilegien anderer Personen entstanden zu seyn. s. Schannat, (hist. episc. Wormac im Urkundenbuch n. 68.) Die Benutzung derjenigen Gewässer, welche nicht zu den Strömen gehörten, stand dem zu, der das echte Eigenthum besaß, wie wohl auch gewisse Beschränkungen, so wie bei der Jagd, so auch hier bei der Fischerei vorkommen. Aus diesem Allen ergiebt sich, daß ein allgemeines Regal der Nutzung an Gewässern nicht vorhanden war, wie wohl freilich die Landesherrn, vermöge der Lehnbriefe an Strömen, und vermöge ihres ausgedehnten Grundeigenthums an andern Gewässern viele ausschließende Nutzungsrechte hergebracht hatten, diese an den letztern der Grundherrschaft immer zustanden, wenn sie nicht von ihr verliehen waren, und die Vogtei bei der Gerichtsherrschaft häufig ein Anlaß geworden war, gleiche Gerechtsame an sich zu bringen.

Soll die Flußnutzung mehr beschränkt, oder sollen Abgaben deßhalb erhoben werden, so muß Fiscus das Daseyn eines solchen Rechts speciell darthun.

Hiermit stimmen überein: Eichhorn, (Einl. §. 268.) Mittermaier, (a. a. O.)

Die meisten Rechtsgelehrten nehmen aber das Gegentheil an, und vertheidigen das Wasserregal: Noe Meurer, (Wasserrecht. Fr. 1750.) Fritsch, (ius fluviaticum varior. auct. in unum Vol. collat. Jen. 1772.) Winckler, (de iure circa flumina. Kil 1758.) Cancrin, (Abh. v. Wasserrechte, sowohl dem natürl. als positiven deutschen. Halle 1789 — 1800. 4 B.) Klüber, (öffentl. Recht des deutsch. Bundes §. 456.) nimmt Wasserregal und Wasserhoheit für synonym.)

§. 439. (M. §. 280. n. 1.)

Ein öffentlicher Fluß ist der, welcher schiff= und floßbar ist.

Wenn Hering, (Pract. de molendinis Q. 15. n. 1.) sagt: Tot involucris, totque maeandris, iuris interpretes hanc materiam obnubilatam lectoribus reliquerunt, ut vix adpareat, cui parti sit adhaerendum, so hat er in der That sehr recht: denn wie verschieden sind die Meinungen der Rechtsgelehrten, über die Frage: was ist ein öffentlicher Fluß? Gestützt auf das römische Recht L. 1. §. 1. D. de fluminibus (s. §. 438.) nehmen Mehrere an, daß es ein solcher sey, der ein stetes oder ununterbrochenes Wasser hat, derjenige aber, welcher im Sommer austrocknet und nur im Winter fließe, ein Privatfluß sey, unter Andern: Bartolus, (de fluminibus Lib. 1. verb. flum. N. 1. u. 2.) Diese Meinung ist darum zu verwerfen, weil es sonst in flachen Gegenden gar keine öffentlichen Flüsse mehr geben würde; es würde sich solche auf temporelle Waldströme und elende Pfützen beschränken, welchem doch die tägliche Erfahrung widerspricht. Andere suchen den Unterschied in der mehrern oder mindern Größe des fließenden Wassers, und halten nur diejenigen für öffentliche, welche eine ansehnliche Größe haben, schiffbar sind, oder doch schiffbar gemacht werden können. Knichen, (Comment. de saxon. prov. iure C. 5. n. 154.) Auch diese Meinung ist nicht anzunehmen, denn es kann ein Fluß ein öffentlicher seyn, der ein seichtes und unbeträchtliches Wasser hat, und deßhalb zur Schifffahrt nicht zu gebrauchen ist, z. B. Rhumefluß bei Nordheim. Noch Andere nehmen Rücksicht auf den Grund und Boden, und nennen den einen öffentlichen, welcher aus einem öffentlichen Grund und Boden entspringt, und durch denselben fließt. Wesenbach, (Parat. Dig. de flum. N. 3.) Allein entspringen denn nicht bisweilen öffentliche Flüsse auf Privatgründen, und fließen zum Theil über Privatgüter. Einige nehmen blos auf den Gebrauch des Wassers Rücksicht. Biener, (de natura et indole dominii p. 114.) ist der Meinung, daß der Fluß, dessen Lauf durch die Natur und nicht durch menschliche Veranstaltung

bestimmt ist, und sich in das Meer ergießt, ein öffentlicher zu nennen sey. Diese Meinung ist wohl ganz verwerflich; indem mehrere Flüsse, die öffentlich sind, sich nicht in das Meer ergießen.

Wenn man diese verschiedenen Meinungen nur mit einiger Aufmerksamkeit durchgeht, so überzeugt man sich leicht, daß der Grund der auffallenden Verschiedenheit dieser Behauptungen darin liegt, daß sie theils, ohne auf die Natur der Sache selbst die gehörige Rücksicht zu nehmen, sich an die Worte der fremden Gesetze hielten, die den Gegenstand nicht ganz deutlich entscheiden, theils weil sie den Umstand nicht gehörig in Betracht ziehen, daß der Gesichtspunct, woraus das Eigenthum und der Gebrauch des Wassers nach dem ältern römischen Recht, besonders in dem democratischen Zustande des römischen Reichs betrachtet wird, in der Folge eine große Veränderung erlitten hat.

Daß ein jeder schiff- oder floßbare Fluß ein öffentlicher sey, ist nach den römischen und deutschen Gesetzen unbedenklich. Wenn aber die Frage entsteht: ob ein unbeträchtlicher nicht schiffbarer Fluß als ein öffentlicher anzusehen sey, ist Rücksicht zu nehmen: 1) auf die stete oder nur temporelle Dauer des fließenden Wassers, 2) auf den Ort des Ursprunges, 3) auf den Gebrauch des Wassers, und auch 4) auf das Zeugniß der Nachbarn. Treffen die meisten dieser angegebenen Eigenschaften zusammen, so ist der Fluß als ein öffentlicher anzusehen. Fehlen aber diese Eigenschaften, so ist der Fluß ein Privatfluß. Bei denselben sind aber zu unterscheiden:

1) Privatflüsse in der engern Bedeutung und

2) gemeinschaftliche Flüsse. Zu den erstern gehören diejenigen, welche sich in dem unbeschränkten Eigenthum eines Privatmannes befinden; dann die, welche auf dem Grund und Boden einer Privatperson entspringen, und dessen Besitzungen durchströmen. Dieß kann bei einem Bach der Fall seyn, der aus einem Teich kommt, und sich in das Meer oder einen öffentlichen Fluß ergießt, ohne in seinem Laufe ein anderes Grundstück als das des Privatmannes zu berühren.

Zu den gemeinschaftlichen Flüssen sind zu zählen alle übrigen fließenden Wasser, die weder durch Vertrag noch Verjährung in das alleinige Eigenthum eines Privatmanns gekommen sind, die auf gemeinschaftlichem Grund und Boden entspringen, oder doch bald nach ihrem Ursprunge durch die Grundstücke mehrerer Privatpersonen laufen, dennoch aber wegen der übrigen fehlenden Qualitäten nicht zu den öffentlichen Flüssen zu zählen sind. An dieser Gattung der Privatflüsse kann sich keine einzelne Privatperson ein ausschließendes Eigenthum zueignen, vielmehr tritt in Rücksicht derselben ein Miteigenthum und ein Mitbenutzungsrecht ein. Mit dieser richtigen Meinung stimmen überein: Estor, (bürgerl. Rechtsgel. d. D. Kap. 60. §. 2384.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. Kap. 1. §. 5. n. 4. Hommel, (Rhaps. Quaest. in foro obven. Vol. 1. Obs. 231. n. 4.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 2. n. 88.) Hagemann, (Erörtr. B. 1. n. 3.) Eichhorn, (Einl. §. 268.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Cod. Nap. art. 538. Pr. LR. Th. 2. tit. XV. §. 38.

§. 440. (M. §. 280. n. 2.)

Die Benutzung eines Baches oder Privatflusses kann von dem obern Adjacenten nur so geschehen, daß dem untern Ufereigenthümer nicht aller Gebrauch entzogen wird, wenn gleich keine servitus fluminis oder aquae ductus bestellt ist.

Denn:

1) kann an einem öffentlichen Flusse den Besitzern der höher liegenden Grundstücke nicht gestattet werden, das Wasser den Untenliegenden zu entziehen, sie können den Lauf des Flusses nicht verändern zum Nachtheil der Uebrigen. (L. 1. §. 12. 15. §. 22. L. 2. D. de flum. L. 1. §. 3. 4. 5. D. ne quid in flum. pub.) Dieser Grundsatz beruht darauf, weil der Fluß zum Besten aller Adjacenten gereicht, welcher auch bei Privatflüssen und Bächen anzuwenden ist, woran den Anliegern zwar ein Eigenthumsrecht, aber doch ein sehr beschränktes zusteht.

2) Der Fluß befindet sich im Mitgebrauch aller derer,

deren Güter er berührt oder durchfließt: das in dem Flusse oder Bache strömende Wasser ist in Hinsicht des Gebrauchs gemeinschaftlich und nach den bei einer nicht theilbaren Communion stattfindenden Rechtsgrundsätzen Niemand berechtigt, selbst nicht auf seinem eigenen Grunde und Boden solche Anlagen zu machen, wodurch das fließende Wasser abgeleitet, zertheilt, enger gefaßt und so geleitet wird, daß die übrigen Interessenten dadurch an ihrem Mitbenutzungsrechte etwas verlieren.

3) Die Rechtsregel, qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam, ist da unanwendbar, wo von einem beschränkten Eigenthum die Rede ist. Wenn ferner angeführt wird, daß, so gut der Luftzug durch Anstalten gehemmt werden kann, eben so gut auch dem Adjacenten die Befugniß zustehe, den Fluß für sich zu nutzen, so ist ja ersteres auch nicht so allgemein anzunehmen. Das Gegentheil bestimmt unter andern die L. ult. C. servitut. et aqua. Sancimus itaque, nemini licere sic aedificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat.

4) In den römischen Gesetzen kommt kein Gesetz vor, welches vorliegenden Fall speciell entscheidet, die Gesetze, welche gewöhnlich zur Begründung der entgegengesetzten Meinung angeführt werden, sind unpassend; denn die L. II. D. de aqua et aquae pluv. arcend. bestimmt zwar, daß, wenn eine Quelle, welche sich auf dem Grundstück des Nachbars befindet, auf dem Seinigen aber den Ursprung hat, durch Eröffnung der Wasseradern dem Nachbar entzogen werden darf. Diese paßt darum nicht, weil sie blos auf die Abgrabung unterirdischer Wassergänge und Adern geht, nicht auf fließendes Wasser, und jedem frei steht, auf seinem Grunde und unter seinem Grunde etwas zu thun, was auch dem Nachbar schaden kann. Die L. 12. C. de serv. et aqua ist ebenfalls unanwendbar. Wenn hier dem Eigenthümer erlaubt wird, das Wasser auf seinem Grundstück zu stauen und dadurch zu verhindern, daß das Grundstück des Nachbars bewässert werde, so ist hier weder

von einem Bach noch Fluß die Rede, dann setzt es einen ganz freien Eigenthümer voraus.

5) Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde der Unterliegende der Chikane des Oberliegenden ausgesetzt seyn, auch selbst in dem Falle, wenn er durch einen Vertrag des Vorgängers des Oberliegenden gesichert wäre. Wenn der jetzige Besitzer der obern Besitzungen dem Unterbesitzer, der eine Mühle angelegt, die schriftliche Versicherung gegeben, das herabfließende Wasser nicht zu staunen, so würde der Nachfolger desselben, der nicht sein Erbe ist, an einen solchen Vortrag nicht gebunden seyn, wenn er nicht im Hypothekenbuche eingetragen wäre.

Hiermit stimmen überein: Runde, (deutsch. PR. §. 111.) Bülow u. Hagemann, (Erörtr. I. n. 3. VI. S. 85.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 143.) Mittermaier, (a. a. O.) Andere nehmen das Gegentheil an: Mevius, (P. 4. dec. 39.) der daselbst sagt: Licet superiori domino aquam retinere et in suos usus insumere vel etiam alias in fundum suum avertere, etsi inde damnum sentiat inferius molendinum, cuius domino nihil iuris est in illam aquam, quam superior praeoccupavit. Ex quo propria eius sit et arbitrii sui, quomodo aqua tanquam sua uti velit. Fritsch, (ius fluviat. p. 1059.) Leyser, (ius. Georg. L. 3. c. 14. n. 17.) Cancrin, (Wasserrecht 2. S. 152 — 158.) Stryck, (de iure pontium C. 2. n. 32.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. Kap. 1. §. 5. n. 4.) Gesterding, (Beiträge z. Wasserrecht in dem Archiv der civist. Praxis Th. 3. n. 5. n. 1.)

§. 441. (M. §. 280.)

Wenn ein Stück Land durch die Gewalt des Wassers an das Ufer eines Andern angeschoben wird, so ist der Eigenthümer des Letztern nicht zum Schadenersatz verbunden.

Daß die Alluvionen blos bei Flüssen, nicht aber bei Seen und Teichen statt haben, indem deren Grenzen durch den Wasserspiegel bestimmt sind, nehmen Köchy, (in ei-

vilist. Erörtr. Sammlung 1. Leipz. 1793. S. 73.) und Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 249.) an, das Gegentheil Gesterding, (a. a. O. S. 68.) Daß nun die alluvio so wie die avulsio eine besondere Erwerbart des Eigenthums ist, (s. Gesterding S. 70.) kann nicht bezweifelt werden.

Nach dem römischen Recht steht dem Eigenthümer die Vindication eines solchen abgerissenen Stückes nur dann noch zu, wenn solches nicht mit dem Ufer, an das es angesetzt ist, durch Zusammenwurzelung oder Verbindung zu einem Ganzen vereinigt ist. (L. 7. §. 2. D. de acq. rer. dom. welchem die §. 21. J. de div. rer. u. L. 5. §. 3. D. de rei vind. nicht entgegenstehen) im entgegen gesetzten Falle aber nicht mehr. Cancrin, (Abh. v. Wasserrecht Abh. 3. Kap. 2. §. 52.) Ob diese Bestimmung überhaupt anwendbar, oder ob nicht eine besondere Besitzergreifung nothwendig sey, ist ebenfalls bestritten von Einert, (Diss. Praeter occupationem nullum existere modum dominii acquirendi naturalis. Lpz. 1780. §. 5.), welches aber hier nicht in Betracht kommt, sondern blos die Frage: ob der vorige Eigenthümer von dem jetzigen eine Entschädigung zu fordern berechtigt, ob er solches Stück zu Benutzung verlangen könne? Wenn Vinnius, (ad §. 21. J. de rer. div. n. 2.) u. m. a. behaupten, daß der Adquirent der Billigkeit nach den Werth des abgerissenen Erdstücks zu bezahlen habe, so nehmen Andere als: Köchy, (a. a. O. S. 13.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 254.) aus Rechtsgründen das Gegentheil an: denn der Eigenthümer hat nur ein beschränktes Vindicationsrecht, und wenn solches nach den Umständen nicht ausgeübt werden kann, so erwirbt derjenige zu Folge der Gesetze das Stück, an dessen Ufer es angeschwemmt ist.

§. 442. (M. §. 280.)

Wenn der Fluß sein Flußbett ganz verläßt, so wird es unter die Eigenthümer des Ufers vertheilt.

Wenn ein Fluß das Flußbett ganz verläßt, so bestimmt die L. 7. §. 5. D. de acq. rer. dom., daß alsdann die Anlieger, deren Länder unmittelbar an dem Fluß stoßen,

darauf Ansprüche haben. Es wird zur Hälfte unter die Eigenthümer der beiderseitigen Ufer vertheilt. Wenn dagegen der Fluß nur theilweise das Flußbett verläßt, so gehört der trocken gewordene Theil dem Eigenthümer desjenigen Ufers, von welchem der Strom zurückgetreten ist. (L. 56. D. de acq. rer. dom.) Sollte der sich neu durchbrochene Strom nach einiger Zeit wieder in sein altes verlassenes Flußbett zurückgehen, so wächst der neue Flußgrund dem nächsten Uferbesitzer zu, und der vorige Eigenthümer kann nach strengem Recht keinen weitern Anspruch darauf machen, weil es als Flußbett sich nicht mehr im Besitz des vorigen Eigenthümers befindet. Als Nebeneigenthümer kann er aber keinen Theil desselben fordern. Wenn gleich Donellus, (Lib. IV. comment. iur. c. 18.) Weding, (iur. civil. Lib. 4.) c. 12.) Vinnius, (comment. ad §. 23. J. de R. D.) Otto, (comment. ad h. l. p. 179.) Dårburg, (de mod. acq. per flum. Trai. ad Rh. 1744.) Wiesand, (de inundat. speciem fundi non mutante Vit. 1784.) das Gegentheil annehmen, so vertheidigen jene gegründete Meinung: Struv, (Synt. iur. civil. ex XLI. th. XXXII.) Walch, (Introd. in cont. iur. civil. p. 128.) Günther, (europ. Volksrecht Th. 2. §. 15.) Köchy, (a. a. O. S. 57.) Hagemann, (a. a. O. S. 255.) s. a. Pr. Landr. Th. 1. tit. 9. §. 225 — 241. u. Th. 2. tit. 15. §. 56.

§. 443. (M. §. 281.)

Die Nachbarn sind nur alsdann, wenn durch die Ufererhöhung für sie ein wesentlicher Schade entsteht, zum Widerspruch berechtigt.

Unbestritten ist das Recht der Anwohner eines Flusses, sich durch zweckmäßige Vorrichtungen gegen die Gewalt des Wassers zu schützen; nur darf dieß nicht zum großen Nachtheil der Nachbarn gereichen.

Gewöhnliche Ufererhöhungen, welche den Lauf des Wassers nicht hindern, müssen sie sich freilich gefallen lassen, und wenn dadurch die Gefahr auf ihrer Seite größer wird, so können sie sich durch ähnliche Wasserbauten dage-

gen schützen. Wird aber das Ufer auf nachtheilige Art für die Nachbarn erhöht, so sind sie zum Widerspruch berechtigt. Das römische Recht enthält hierüber schon genauere Bestimmungen, (L. 1. §. 12. D. de flum. §. 1. D. ne quid in flum. pub. L. 1. §. 22. 25. D. de aq. et aq. pluv. arc. Hertius, de servit. nat. const. Sect. 2. §. 1.) welche offenbar darauf gerichtet sind, daß durch willkürliche Ufererhöhungen ein wesentlicher Nachtheil für die Nachbarn entstehe. Ein wesentlicher Schade muß dadurch entstehen; nicht eine jede Unbequemlichkeit, die für den Nachbar daraus entspringt, begründet einen Widerspruch, zum wenigsten ist dieses der Natur der Sache und dem Geist der Gesetze gemäß; daher ist auch die entgegengesetzte Meinung, welche Struben (rechtl. Bedenk. Th. 5. B. 115.) vertheidigt, ganz zu verwerfen, und die von Hackmann, (a. a. O. n. 99.) Meurer, (Wasserrecht in Fritsch iure fl. S. 992. n. 6. S. 1015. n. 3. S. 1115. n. 8.) Cancrin, (Wasserrecht § 62. S. 133. §. 72.) v. Berg, (Polizeirecht B. 3 S. 88.) Hagemann, (Landwirthschaft. S. 314.) vertheidigte, anzunehmen.

§. 443. (M. §. 282. n. 6.)

Die Winterdeiche sind erst im XII. Jahrhundert aufgekommen.

Anfänglich wurden zur Schutzwehr gegen das Eindringen des Meer- und Flußwassers, Wuthen, von Erde aufgeworfene Hügel oder Wälle gemacht; allein diese gaben keinen hinlänglichen Schutz bei starken Ergießungen. Dann kamen die Sommerdeiche auf, die mit wenigen Kosten angelegt werden konnten; diese waren hinreichend, den täglichen Ueberlauf des Wassers zu wehren, und die Ländereien und Früchte im Sommer und zur Erndtezeit wider die gewöhnlichen Fluthen zu sichern. Nachdem sich aber in den Marschländern die Menschenklasse vermehrt, die Kultur auf einen höhern Grad von Vollkommenheit gebracht wurde, und die Ströme öfters ihren Lauf veränderten, und durch andere Umstände veranlaßt die niedern Ländereien häufiger und heftiger überströmten, fing man an, nach A[illegible] jener Sommerdeiche, höhere, stärkere und

dauerhaftere, mithin an Materialien und Arbeit weit kostbarere sogenannte Winterdeiche zu errichten, welche im Sommer= und Winterstürmen Widerstand zu leisten im Stande waren. Dieß ist von dem Herzogthum Schleswig an, bis in Dittmarschen, Bremen, Oldenburg, Jever, Ostfriesland, Gröningen, Westfriesland bis an Nordholland und von den Ufern der Mosel bis in Südholland durch die von der Eider bis an Seeland über mehr als hundert Meilen geschehen.

Daß diese Einrichtung erst im 12ten Jahrhundert erfolgte, ist nach der Meinung Mehrerer anzunehmen, obgleich Andere behaupten, daß im Jahr 1020. an der Niederweser solche gemacht worden. Allein wie Visbeck, (die Niederweser und Osterstade. Hann. 1798.) bemerkt, geschah dieß erst 1484.; und an der Elbe im Amt Winsen und zwar in der Marschvogtei im XIV. Jahrhundert; wie dieß annehmen: Hackman, (de iure agger. Cap. II.) Troß, (iura agrar belg. I. p. 33.) Schleswig=holst. Magaz. XII. S. 267. Wersebe, (über die niederländischen Colonien Th. 1. S. 10 Th. 2. S. 1055.) Friese, (Ostfries= u. Harlingerland Th. 1. Abh. 7) v. Halem, (Geschichte v. Oldenburg Th. 1. S. 41.) Hagemann, (Erört. Th. 2. n. 1. §. 12.) v. Ende, (jurist. Abh. Th. 1. n. 4)

§. 445. (M. §. 282.)

Deichsachen sind bald als Regierungs= oder Administrativsachen, bald als Justizsachen anzusehen.

Die Anlegung neuer Deiche, Grund und Stackwerke zur Abwendung der gemeinen Noth wegen Verbesserungen, Reparaturen der Deiche, Anordnungen wegen Wasserschaden, Streitigkeiten wegen Unterhalt der Deiche, die Frage: ob Jemand die Abgrabung der Erde von seinen Grundstücken leiden müsse, die Verpflichtung zur Deichschaupräſtationen, alle diese sind als Regierungssachen anzusehen.

Dagegen ist als reine Justitzsache nach vollendetem Deichwerk zu betrachten, die Vertheilung der Deichlast, Kostenbetrag, das Maaß der Verbindlichkeit, der Scha=

denersatz wegen Unterlassung der Wiederherstellung eines Dammes. Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind jedoch sehr getheilt. Struben, (rechtl. Bedenken Th. 5. B. 13.) Hackmann, (de iure aggerum. C. 12. n. 13. C. 17. n. 2.) Hymmen, (Beitr. B. IV. S. 252. VII. 245. VIII. 2034.) Hagemann, (Erört. B. 2. n. 1. S. 1) Berg, (Polizeirecht B. 3. S. 91.) hält die die Kammer zur Entscheidung der Frage für berechtigt über die Beitragsverbindlichkeit zur Reparatur von Seiten des Landesherrn.

§. 446. (M. §. 282.)

Bei der Frage: wer zu den Deichkosten beizutragen habe, kommt es nicht auf den Unterschied zwischen natürlichem und bürgerlichem Deichbau an.

Die Deichsocietät oder der Deichband ist entweder eine positive, bürgerliche, oder eine natürliche Verbindung; jene setzt ein Gesetz oder einen Vertrag voraus, nach welchem gewisse Districte zum Bau der Deiche oder Stromufer und Deichsicherungswerke verpflichtet sind; diese hingegen finden zwischen Deichpflichtigen und solchen Grundbesitzern statt, deren Ländereien bei einem wirklich entstandenen oder besorglichen Durchbruch der Gefahr der Ueberschwemmung ausgesetzt gewesen seyn würden.

Dieser Unterschied ist in Rücksicht der Concurrenz zu den Kosten des Deichbaues wichtig; denn die, welche sich im bürgerlichen Deichverband befinden, müssen unbedingt zu den von der Deichinspection nothwendig geachteten gemeinen Deichanlagen nach festgesetzten Principien concurriren; die, welche sich in dem natürlichen Deichverbande befinden, nur zu solchen Werken, nach dem Belange ihrer geschützten Ländereien, oder nach Morgenzahl, wenn solche bei wirklich eintretendem oder zu befürchtendem Durchbruch der Gefahr der Ueberschwemmung ausgesetzt gewesen seyn würden. Es steht ihnen daher bei verlangter Concurrenz immer noch frei, zu beweisen, daß die Anlage, zu deren Kosten sie beitragen sollen, für sie keinen Nutzen hat, oder daß ihre Ländereien bei wirklich entstandenem Grund-

bruche der Gefahr der Ueberschwemmung nicht ausgesetzt gewesen wären.

Wenn auch gleich der Sachsenspiegel B. 2. Art. 56. den natürlichen Deichband bestimmt, so ist er doch offenbar ungerecht, indem die Folge davon ist, daß zu dem obern Grundbruch nur alle untern Ortschaften, nicht aber umgekehrt alle obern Ortschaften zu den untern Grundbrüchen u. s. w. beizutragen haben; daher ist der bürgerliche Deichband offenbar rechtlich. Hiermit stimmt überein: Hagemann, (Erötr. B. 5. Zus. z. B. 2. S. 265.) Mittermaier, (a. a. O.) Andere aber verwerfen diese, als: v. Berg, (Polizeirecht B. 3. S. 104 118.) Pufendorf, (Obs. T. III. ob. 54.)

Anmerk. Ob die Deichinteressenten verbunden sind, zur Unterhaltung der Stackwerke, Schleußen und Wehre, weil sie als adjuncta und pertinentiae aggerum anzusehen sind, beizutragen? ist bestritten. v. Ende, (iurist. Abh. Th. 1. n. 4. §. 15.) verneint diese Frage; Hackmann, (a. a. O. K. 14. §. 14.) Pufendorf, (T. III. obs. 134. §. 3.) Hagemann, (a. a. O. B. 3. S. 15.) bejahen sie.

§. 447. (M. §. 284.)

Bei Vertheilung der Deichlast ist nicht blos auf die Größe der deichpflichtigen Ländereien, sondern auch auf die Beschaffenheit und Güte Rücksicht zu nehmen.

Unter den Deichgenossen muß eine verhältnißmäßige Gleichheit beobachtet werden. Entsteht aber die Frage: wie die Vertheilung geschehen soll, so steht die Entscheidung nicht der Deichpolizei, sondern dem competenten Richter zu. (Struben, rechtl. Bedenk. B. 5. B. 13. Mevius, Decis. P. VIII. dec. 230.)

Der Beitrag erfolgt in natura oder durch Dienste oder an Gelde; in beiden Fällen muß auf die Größe der Ländereien Rücksicht genommen werden, zugleich aber auch auf die Güte und den Werth, weil sonst eine Ungleichheit entstehen würde. Wird die Deichlast durch Naturaldienste geleistet, so können die, welche nur wenig Land haben, nicht so oft oder so stark zum Naturaldienst angehalten werden, als andere, welche größere Ländereien haben. Nöthigenfalls muß ein Jeder verhältnißmäßige Arbeiten verrich-

ten, mithin auch die, welche einen bloßen Hausplatz oder Garten besitzen; auch können sich von den Naturaldienstleistungen diejenigen nicht lossagen, welche sonst, vermöge Herkommens oder aus andern rechtlichen Gründen, in Rücksicht der baaren Geldanlagen deichlastfrei sind, weil dergleichen Arbeiten für den persönlichen Schutz und Sicherheit geleistet werden müssen.

Gewöhnlich aber wird bei der Repartition der Deichlast auf die Größe der Besitzungen und nicht auf die Güte und Werth derselben Rücksicht genommen. s. Berg, (Polizeirecht B. 3. S. 114.) Hagemann, (Erörtr. B. 2. S. 29.)

§. 448. (M. §. 287.)

Das Vorland ist ein accessorium des Binnenlandes.

Alles Land, welches zwischen dem Strom und den Deichen liegt, heißt Vorland; die Ländereien aber, welche durch die Deiche vor Ueberschwemmungen gesichert sind, heißen Binnenland.

Daß nun das Vorland und dessen Alluvion als ein Accessorium des Binnenlandes zu betrachten und nicht zu dem Deichkörper gehören, ergiebt sich aus Folgendem.

1) Ist das Vorland als eine Fortsetzung des Binnenlandes anzusehn und es behält der Natur der Sache nach durchgehends die Eigenschaft und Grenzen, welche das Binnenland als Theil desselben hat. Diejenigen, welche mit ihren Ländereien, zu deren Beschützung sie den Deichtheil halten müssen, weiter Land einwärts und zurückliegen, können auf das Binnenland keine Ansprüche machen, eben so wenig, als sie auf das Vorland solche haben.

2) Würde es eine große Unbilligkeit gegen die Besitzer des Binnenlandes seyn, wenn man sie von dem Erwerb dieses Zuwachses ausschließen wollte; denn die Besitzer der weiter zurückgelegenen Ländereien sind weit besser daran als die, deren Ländereien unmittelbar hinter den Deichen liegen; auch haben Letztere ihren Grund und Boden zum Deich hergegeben, sie laufen beständig Gefahr, bei einem Durchbruch ihre Ländereien verwüstet zu sehen, müssen sich

auch gefallen lassen, daß auf ihren Grundstücken Kaperdeiche (kleine niedrige Deiche) angelegt werden, und wenn durch den geschehenen Durchbruch es unmöglich wird, wieder zu deichen, so bleibt ein Theil ihres Landes, das vorher durch den Deich geschützt war, außerhalb des Deiches, mithin den Fluthen ausgesetzt.

3) Gehört nach gemeinem Recht das angesetzte Stück Landes dem, an dessen Land sich solches angesetzt hat. (s. §. 441.)

4) Sollte der bloße Besitz einer Deichfläche auf fremden Grund und Boden ein Miteigenthum und Benutzungsrecht am Vorlande gewähren, so würden die Besitzer, deren Ländereien unmittelbar an die Deiche stoßen, durch einen solchen Grundsatz den großen Verlust leiden, weil gerade das Vorland zur Hut und Weide weit ergiebiger ist als das Binnenland, indem jenes alljährlich durch den Ueberlauf des Wassers erfrischt und verbessert wird.

Diese richtige Meinung wird vertheidigt von: Cramer, (Nebenst. Th 9. S. 109.) Wernher, (obs. Vol. III. P. IV. ob. 131.) Bülow u. Hagemann, (Erört. B. 3. S. 5.) Dammert, (Deichrecht S. 8.) Mittermaier, (a. a. O.) Der entgegengesetzten Meinung ist: Heinecken, (de iure agger. Brem. p. 40. 41.) s. a. Justitia iur. fris. L. 2. c. 3. sect. 10. u. Clev. Wasserord. v. 2. Dec. 1774. K. 2. §. 29. (Stengel, Beiträge IV. S. 120.)

§. 449. (M. §. 287.)

Derjenige, dessen Land, wenn der Deich etwa zur größern Sicherheit der übrigen Deichstrecken, oder zur Ersparung größerer Kosten landeinwärts verlegt (ausgedeicht) wird, abgespadet und ausgegraben wurde, kann vollständige Entschädigung fordern.

1) Um eine solche Entschädigung zu begründen, ist nicht nothwendig, sich auf die Lex Rhodia de jactu zu beziehen; die Verbindlichkeit zum Schadenersatz entspringt aus dem Gesellschaftsrechte, und ist der Billigkeit gemäß.

2) Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man gegen den Grundsatz anstoßen, daß sich Niemand mit

dem Schaden eines Andern bereichern darf; die Gesellschaft würde allen Vortheil genießen, und der, dessen Länder ausgedeicht worden, allen Schaden haben, welches gesetzwidrig ist. (L. 29. §. 2. D. pro socio.)

3) Sollte eine entgegenstehende Observanz und Gewohnheit vorhanden seyn, so würde der Richter darum auf solche nicht Rücksicht zu nehmen haben, weil sie gegen das Gesellschaftsrecht, natürliche Billigkeit und Civilgesetze streitet: hundert Jahr unrecht, ist keine Stunde recht.

4) Wenn nach mehrern Deichordnungen der Deichgenosse, dessen Land in Nothfällen bei fehlender Deicherde abgespadet und ausgegraben wird, dafür keine Entschädigung erhält, sondern unentgeldlich herzugeben verbunden ist, so kann dieß auf vorliegenden Fall nicht angewendet werden: denn

a) ist diese Bestimmung paticulär, beruht auf besonderen Gesetzen einzelner Marschländer und ist nicht allgemeinen Deichrechtens. Pufendorf, (T. I. obs. 113. §. 6. T. IV. obs. 206. §. 3.)

b) läßt sich von der Abspadung des Landes nicht auf die gänzliche Wegnahme des Grundstücks, Behufs der Anlegung eines neuen Deiches schließen; denn hier verliert der Besitzer Eigenthum und die Nutzung des Landes, in jenem Falle kann er aber wieder zum Besitz kommen, weil solches leicht wieder zuschwemmen kann.

Hiermit stimmen überein: Hackmann, (a. a. O. Kap. 6.) Mellmann, (Einl. zum Deichrecht §. 15.) Hunrich, (oldenb. Deichrecht S. 147.) v. Bülow und Hagemann, (Erört. 3. S. 26. B. 5. S. 267.) v. Berg, (Polizeirecht B. 3. S. 107.) Dammert, (Deichrecht 2. S. 28 — 31.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 121. n. g.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil haben angenommen: v. Halem, (de iure eliminator. eorumqne indemnisat. Haf. 1777.) Cancrin, (Wasserrecht B. 1. S. 55.) s. a. Bremische Deichordn. v. 1743. Kap. 2. §. 13. Ostfrieß. Deich- und Sielrecht Kap. 5. §. 3. Schleswig. Deichregl. §. 28. 29.

§. 450.[a] (M. §. 158. n.)

Zur Ausübung des Floßrechts ist die Erlaubniß des Staats dann nothwendig, wenn der Fluß schiffbar ist.

Zwischen Floßrecht und Floßregal ist ein wesentlicher Unterschied; wenn auch jenes dem Regenten als Besitzer der Domainen zusteht, so ist es doch nicht als Regal zu betrachten, welches im Zweifel zu erweisen ist. Diejenigen, welche das Floßrecht auf den öffentlichen Flüssen auch ohne besondere Genehmigung des Staats gestatten, als: Rosenthal, (synop. feud. c. 5. de iure reg. concl. 24. 25. 26.) Runde, (a. a. O. §. 108.) Danz, (Handb. d. deutsch. PR. Th. 2. §. 108.) unterstützen ihre Meinung durch folgende Gründe.

1) Oeffentliche Flüsse dienen zum Gebrauch der Unterthanen, welcher im Fischfang und Schifffahrt besteht;

2) da die Floßgerechtigkeit eine Art der Schifffahrt ist, so muß auch diese den Unterthanen zustehen;

3) der Kaiser war nicht berechtigt, dieß zu hindern;

4) wenn gleich öffentliche Flüsse zu den Regalien gezählt werden, so sey dieß doch blos in Hinsicht der Eigenthums und Schutzrechts, keinesweges aber in Rücksicht des Gebrauchsrechts.

Allein aus bessern Gründen wird von Andern das Gegentheil angenommen: Denn

1) sind öffentliche Flüsse ein Eigenthum des Staats, sonach kann Niemand hier ein Recht ausüben, wozu der Staat nicht die Erlaubniß gegeben hat;

2) wenn auch die Schifffahrt auf einem öffentlichen Fluß frei ist, so folgt daraus noch nicht, daß auch Jedermann die Floßgerechtigkeit zustehe, denn durch Ausübung dieses Rechts kann leicht ein Schaden für die Uferbesitzer erfolgen und Streitigkeiten veranlaßt werden. Eben deßhalb ist die specielle Erlaubniß des Staats zur Ausübung des Floßrechts (ius grutiae) nothwendig.

Hiermit stimmen überein: Fritsch, (de iure Grutiae, vulgo Floßrecht. Jen. 1701. th. XVIII — XX.) Stryck, (U. m. Pand. Tit. de rer. divis. §. 13.) Rohr,

(Haushaltungsrecht B. 8. Kap. 4.) s. a. Pr. L R. Th. 2. tit. 15. §. 49. „ungebundnes Holz auf schiffbaren Strömen zu flößen, ist nach gemeinem Recht ein Vorbehalt des Staats und darf ohne Vorwissen desselben von Privatpersonen nicht unternommen werden."

§. 450.b (M. §. 288.)

Der Leinpfad ist eine Staatsdienstbarkeit und eben deßhalb nicht der Staat, an dessen Ufern er fortläuft, zur Unterhaltung verbunden, sondern der, dem die Schifffahrt zusteht.

Der Leinpfad als der Raum am Ufer, welcher für die Schiff- und Floßfahrt frei gelassen werden muß, ist öfters eine Staatsdienstbarkeit, indem ein Staat dadurch die Freiheit eines andern Staats beschränkt, da er einen zum Staatsgebiete gehörigen Raum zu seinem Vortheil benutzt. Auf die Staatsdienstbarkeiten sind überhaupt die allgemeinen Grundsätze von Dienstbarkeiten anzuwenden, und da nun eine Dienstbarkeit nicht im Thun bestehen kann, (L. 15. D. de serv. quod praedium nihil facere possit) so kann auch von dem Staate, der den Leinpfad auf seinem Gebiete gestatten muß, nicht gefordert werden, daß er solchen zum Vortheil des Schifffahrtsberechtigten unterhalte, es müßte dann in dem Vertrage, in welchem die Einräumung des Rechts erfolgte, das Gegentheil bestimmt seyn.

Meistentheils aber wird das Gegentheil angenommen. Klüber, (öffentl. Recht d. deutsch. Bundes §. 566.) Auch die Wiener Congreßacte bestimmt, daß für Unterhaltung der im Lande befindlichen Leinpfade oder Treppenwege, (chemin de halage) und für die daselbst in dem Flußbett für die Schifffahrt nöthigen Arbeiten jede Uferherrschaft Sorge zu tragen habe, damit die Schifffahrt nicht gehindert werde.

Obige Bestimmung würde dann eine Ausnahme leiden, wenn mehrere Staaten allein blos die Schifffahrt auf den ihre Staaten durchströmenden Flüsse trieben.

§. 451. (M. §. 289.)

Der Fahrberechtigte ist auch befugt, Waaren und Kaufmannsgüter zu transportiren.

Die Fahrgerechtigkeit besteht nicht blos in der Befugniß, Menschen über das Wasser zu setzen, sondern auch Sachen und Güter gegen ein gewisses Fahrgeld. Nur in dem Falle, wenn ein Marktschiff an einem solchen Ort vorhanden ist, würde das Gegentheil darum anzunehmen seyn, weil diesen der Transport dieser Waaren ausschließlich überlassen ist und diese Schiffe mit den Fähren in dem nämlichen Verhältniß stehen, wie die Posten mit den Fuhrleuten.

Das Gegentheil nimmt unter andern an: Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 332. n. 3.)

§. 452. (M. §. 289.)

Durch Verleihung der Fahrgerechtigkeit werden die am Ufer wohnenden Einwohner nicht an der Benutzung des Flusses gehindert.

Fähren in öffentlichen Flusse anzulegen, setzt die Genehmigung der Landesherrschaft voraus und häufig werden solche zu Lehn gegeben, verpachtet; auch kann, wenn die Fähre die Stelle der Brücke vertritt, die Fahrgerechtigkeit durch rechtsverjährten, über 40 Jahre fortgedauerten Besitz erworben werden. (Danz, Handb. des deutsch. PR. §. 108.)

Durch die Fahrgerechtigkeit können die Unterthanen in dem Gebrauche und der Benutzung des Flusses nicht beschränkt werden, indem dem Landesherrn das Eigenthum des öffentlichen Flusses nicht in dem ausgedehnten Maaße zusteht, daß dadurch die Unterthanen von dem freien Gebrauch des Flusses ausgeschlossen werden. Bei Verleihung oder Verpachtung der Fahrgerechtigkeit kann daher nicht angenommen werden, daß der Landesherr die Rechte seiner Unterthanen habe beschränken wollen. Sie können daher

1) sich Kähne zu ihren häuslichen und Privatgebrauch halten und damit eigene Personen, Sachen oder Producte über den Strom setzen.

2) Der Fahrschiffer ist auch nicht berechtigt zu verhindern, daß die Unterthanen Waaren Anderer, oder Menschen über den Strom bringen; denn

a) so wie öffentliche Straßen von den Unterthanen befahren werden können, ihnen der Transport von Waaren zusteht, so läßt sich hiervon der Schluß auf die öffentlichen Flüsse machen. Denn wenn gleich die Heerstraße und der öffentliche Fluß im Eigenthum des Staats sich befindet, so steht doch der Gebrauch Jedem zu. (L. 4. §. 1. L. 5. D. de R. D. §. 2. J. de rer. divis.)

b) Durch Verleihung der Fahrgerechtigkeit hat der Landesherr nicht mehrere Rechte auf den Beliehenen übertragen können, als er selbst hatte; nun steht ihm aber nicht das Recht zu, die Unterthanen in der Benutzung der Flüsse zu verhindern. Es läßt sich hier analogisch das, was bei Postanstalten Rechtens ist, anwenden. Wenn eine Post vorhanden, so wird dadurch der Unterthan nicht gehindert, eine Privatfuhre zu nehmen, mit einem Fuhrmann seine Waaren fort zu schaffen. Es kann dadurch ein Nachtheil für die Posteinrichtung entstehen, und dennoch kann dieß nicht gehindert werden; eben so verhält es sich auch hier.

Von Einigen, als: Ziegler, (de iure maiest. L. 2. c. 15.) Groß, (de libertate flum. publicorum hodiern. relicta in Syntag. diss. select. ius publ. germ. uuivers. illustr. cum praef. Moser p. 141. §. 18.) Hommel, Rhaps. suppl. Obs. DXCIX.) wird dieser letztere Satz als richtig angenommen; obgleich Andere, als: Justi, (in Staatswissenschaft P. 2. L. 1. §. 142.) v. Selchow, (ius germ. §. 527.) Winckler, (de iure circa flumina §. 17.) das Gegentheil darum vertheidigen, weil, wenn man den Unterhanen die Befugniß gestatten wollte, dadurch das Gewerbe der Fahrberechtigten beeinträchtigt werden würde, auch die Fähren den Brücken gleich wären, welche anzulegen keinem Privato zustehe.

Die richtige Meinung ist im Allgemeinen angenommen von: Runde, (d. PR. §. 108.) Seidenstücker, (de fundamento iuris supr. potest. circa adesp. S. 2. §. 30.) Höpf=

Höpfner, (Comment. über die Institut. §. 274.) Hagemann, (Erörtr. B. VII. n. LXXXIII. n. 2.)

§. 453. (M. §. 289.)

Der, welcher auf seinem Grund und Boden eine Brücke anlegt, ist nicht befugt, Brückengeld zu fordern.

Schon in frühern Zeiten war das Recht, einen Brückenzoll zu fordern, sehr beschränkt. In Capitul. v. 820. Cap. III. ist bestimmt: nemo ex his, qui pontes faciunt, cogatur pontaticum de eodem quem fecerunt ponte solvere .in cap. 1. de vectigal. heißt es: ut ne quis in pontibus, nisi ubi antiquitus telonae exigebantur, exigeret. Das Brückengeld ist ein Wegzoll; einen Zoll aber kann nur der Landesherr oder der, welcher dieses Recht von ihm erhalten hat, erheben. (Fischer, Cameral- u. Polizeirecht B. 2. §. 591.) Sonach ist die Einwilligung des Landesherrn nothwendig, es sey denn, daß Jemand durch Verjährung dieses Recht erworben, oder Ortsgewohnheit dieß bestimmt.

Hiermit stimmen überein: Müller, (Resolutiones 46. n. 38.) Stengel, (Beitr. B. 5. S. 89.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 187. S. 332.) s. a. Fritsch, (de iure pontium in collect. iur. fluv. in seinen operibus T. II. P. III n. 4.) v. Sellwitz, (Diss. de exactione pecuniae pro viis publicis pontibusque solv. Jen. 1776.)

§. 454.a (M. §. 290.)

Die Fischereigerechtigkeit ist ein Ausfluß aus dem Eigenthum der Flüsse.

1) Weder in dem römischen noch ältern deutschen Recht wurde die Fischereigerechtigkeit zu den Regalien gezählt, sondern als ein, einem Jeden, der das echte Eigenthum besaß, zustehendes Recht betrachtet, und so weit ein Fluß eine Besitzung bespülte, besaß auch der Uferbesitzer dieses Recht. Daher finden wir in den ältern deutschen Gesetzen Strafen gegen den Fischdiebstahl. (Lex Ripuor. Tit. 42.

Lex Salica Tit. 36.) Die Fischereigerechtigkeit wurde als Zubehör der Grundstücke angesehen. s. Urkunde von 1066. (du Change, voce: piscatorium.) wo die piscatoria als eine pertinentia villae angesehen wird. Sogar auf den öffentlichen Flüssen z. B. auf der Ruhr (dipl. a. 795. bei Leibnitz script. rer. bruns. T. I. p. 103.) auf dem Rhein, (dipl. a. 983. Otto II. bei Guden Cod. dipl. T. I. p. 13.) gehörte die Fischerei den angrenzenden Ländern.

2) Im Mittelalter wurde die Fischereigerechtigkeit anfänglich noch immer als ein Zubehör der Landgüter angesehen, wie mehrere Urkunden beweisen; (Hund, metrop. Salisb. T. I. p. 13. T. III. p. 247. Pistorius, script. rer. T. III. p. 828.) und wenn auch in einigen solche als Regal betrachtet wurde, (dipl. a. 948. omnem piscationem ad regalitatem nostram pertinentem in Heda hist. episcop. Ultraj. p. 87.) so bezieht sich dieß blos auf öffentliche Flüsse und auf Vorrechte, welche Grundherrn besaßen. Die Rechtsbücher (Sachsenspiel 2. 28.) wissen nichts von einem Fischereiregal. Da man aber anfing, die Jagd als ein Regal anzusehen, und die Fischereigerechtigkeit als einen Theil der Jagd zu betrachten, daher auch foresta aquarum vorkommen, (Hüllmann, Geschichte d. Regalien S. 85.) so findet man, daß die Fischereigerechtigkeit mit und ohne die Grundstücke verliehen wurde. (dipl. v. 1024. Lünig spic. eccl. T. III. tit. Ellwangen n. VIII. p. 120. mehrere in Hüllmann Geschichte S. 36.) auch fingen die Grundherrn an, sich in den schiffbaren Flüssen die Fischerei als Vorrecht anzumaßen; und die Unterthanen, vorzüglich die Landbewohner, setzten sich dagegen nicht, weil die Fischerei für sie noch kein einträgliches Recht geworden war.

3) Im 16. Jahrhundert wurde zwar an mehreren Orten die Gewohnheit beibehalten, daß die Uferbewohner so weit fischen durften, als der Fluß ihre Besitzungen bespült, (Henneberger Landesordnung v. 1539. Buch IV. tit. 2. c. 1. §. 3.) allein bei der höher gestiegenen Macht der Landesherrn erfolgten doch mehrere Beschränkungen.

a) Nur Eingesessenen wurde die Fischereigerechtigkeit gestattet. (Anhaltische Landesord. XXIII.)

b) Den Eingesessenen aber nur das Angelfischen gestattet. (Tyroler Landesordnung v. 1536. B. 1. tit. 7.)

c) Um die Verödung der Bäche durch das zu viele Fischen zu verhüten, mehrere beschränkende Anordnungen in den Fischereiordnungen gemacht. (Baiersche Fischereiord. v. 1484. Bair. Landesord. v. 1553. B. V. tit. 9. art. 7. Weimarische Fischereiord. v. 1589.)

4) Nach den neuern Gesetzen läßt sich zwar auch im Allgemeinen kein Fischereiregal behaupten: doch kann

a) Niemand in öffentlichen Flüssen dieses Recht ausüben, wenn es ihm nicht vom Staate verliehen ist, wo es denn auf die Verleihung selbst ankommt. Ist ihm dieses Recht überhaupt verliehen, ohne Grenzbestimmung, so kann er es doch nur so weit ausüben, als sein Besitz am Ufer sich erstreckt. Ist ihm solches zum häuslichen Gebrauch verliehen, so kann die Fischereigerechtigkeit weder verpachtet, noch mit den gefangenen Fischen ein Handel getrieben werden. Gewöhnlich aber ist die Angelfiischerei nachgelassen. (Hagemann, Landwirthschaftsrecht S. 376.)

b) Die Gutsherrn, insbesondere auch die Vasallen, welche behaupten, daß ihnen die Fischereigerechtigkeit in öffentlichen Flüssen zustehe, haben im Zweifel den Beweis zu führen.

c) In allen Privatgewässern aber steht dem Eigenthümer des Wassers die Fischereigerechtigkeit zu, in den Gemeindegewässern jedem Gemeindemitglied, so daß der Fischfang nach den Regeln von den Gemeindenutzungen zu beurtheilen ist. Bisweilen wird dadurch das Recht beschränkt, indem gewisse Arten der Fische dem Landesherrn vorbehalten sind.

Hiermit stimmen überein: F. M. Fischer, (de iure piscandi Erf. 1719.) Stisser, (Forst- und Jagdhist. K. 7. §. 18. 34.) v. Selchow, (prim. i. germ. §. 411.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 2. Bed. 87.) Hüllmann, (d. Finanzgeschichte S. 64.) Biener, (de natura et indole dominii p. 115.) Danz, (Handb. d. d. PR. Th. 1. §. 110.) Klüber, (öffentl. R. §. 458. im Anf.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. baier. Polizei-

ord. v. 1616. B. 4. tit. 9. art. 7. v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. S. 895.) Pr. LR. Th. 2. tit. 15. §. 73.

Andere als: Hontheim, (hist. Trevir. T. 1.) Hertius, (Vol. I. resp. 516. n. 21. Vol. II. dec. 117. n. 2.) Beyer, (ad Inst. Lib. II. tit. 1. n. 33.) Heineccius, (elem. iur. germ. L. II. §. 86.) Kemmerich, (Introd. in ius publicum Lib. VII. C. 7. §. 40,) Leyser, (spec. 508. n. 1.) Struck, (Usus mod. Pand. Lib. I. tit. 8. §. 14.) Kreß, (spec. iurispr. Lib. I. tit. 3. §. 15.) Engau, (elem. iur. germ. Lib. II §. 175.) J. Fischer, (Cameral= und Polizeirecht B. 3. §. 232.) sind der entgegengesetzten Meinung. Ihre Gründe sind:

1) Die Flüsse gehören der Regel nach der Landesherrschaft, sie sind in II. F. 56. dem Kaiser vorbehalten.

2) Das Recht zu fischen ist von den Kaisern vielfältig den Reichsständen verliehen worden. So wird in einer Urkunde v. J. 871. vom K. Ludwig bemerkt, daß die Abtei Prüm solche von Carl den G. erhalten habe; so wurde sie dem Bischof Dietrich zu Worms auf dem Rhein von Koxheimer Rinden bis an den Stein verliehen; Churbrandenburg, Mecklenburg, Hessen, Jülich, Oldenburg, Cöln u. a. erhielten sie vom Kaiser. Lünig, (Corpus. iur. feud. Tom. 1.) So erhielt sie auch der Adel von Fürsten und Herren.

3) Mit der Fischereigerechtigkeit hat es eine gleiche Bewandtniß, als mit der Jagd, denn so wie diese Regal ist, so ist es auch jene. Auf gleiche Weise, wie in den Wäldern Bannforsten angelegt, wurde auch die Fischereigerechtigkeit eingeschränkt, und es kamen foresta aquarum auf.

Allein bei näherer Betrachtung sind diese Gründe von wenigem Gewicht. Denn

ad 1) Ist die angeführte Const. in II. F. 56. für Deutschland unverbindlich s. §. 413.

ad 2) Nicht alles, womit die Kaiser die Reichsstände beliehen haben, ist als Regal anzusehen; es werden Aecker, Wiesen, Büsche in Lehnbriefen erwähnt, allein Niemand

zweifelt daran, daß den geringsten Theil derselben die Unterthanen vom Landesherrn erhalten haben, und daß sie solche, ohne Concession beizubringen, besitzen können. (Struben, Vindiciae iur. venandi nobilitatis germ. C. 1. §. 24. 25.) In mehreren kaiserlichen Lehnbriefen wird die Fischerei nicht erwähnt. Viele Vasallen hatten die Fischerei, ohne daß sie in den Lehnbriefen namhaft gemacht waren. Die Verleihung erfolgte gewöhnlich da, wo die Fischerei von dem Sitz entfernter Orte mit Ausschließung anderer ausgeübt wurde. So erhielten die von Bochholz die Fischerei vom Stift Hildesheim auf der Fuse und zu Deddenhof, die von Weichs und von Lende auf Poppenburg, wo selbige der Entfernung halber zu eigenem Behuf mit Nutzen nicht fischen, sondern nur ihr Recht verpachten konnten; dieses ist ohne Zweifel durch eine lehnsherrliche Begnadigung in einem foresto aquarum erlangt. Vielfältig wurde die Fischerei als Zubehör der Güter in Lehnbriefen erwähnt. Es finden sich aber auch Allmands Wasser, worin einem Jeden zu fischen erlaubt ist. (Estor, bürgerliche Rechtsgel. der Deutschen P. 1. §. 2266.)

ad 3) So wenig die Regalität der Jagd zu behaupten ist, (§. 425.) so wenig läßt sich die Fischereigerechtigkeit als Regal vertheidigen. An mehrern Orten sind vorzüglich die Bauern von ihren Herrn um diese Gerechtigkeit, so wie um das Jagdrecht gebracht, welches ihnen um so leichter fiel, als jene die Zeit nützlicher als mit dem Fischfang hinbringen konnten, und Leckerbissen, welche nicht sehr sättigen, ihrer Herrschaft gern überließen, mithin ein so wenig nützliches Recht zu behaupten, sich keine Mühe gaben.

§. 454. b. (M. §. 291.)

Die bei Ueberschwemmung übergegangenen Fische können in soweit vindicirt werden, als die Verfolgung derselben ohne Verletzung der Rechte des Nachbarn möglich ist.

Wenn ein Fluß oder Bach durch Ueberschwemmung ausgetreten und das Wasser nebst den Fischen auf ein anderes Land gekommen ist, so ist nothwendig zu unterscheiden: ob der Eigenthümer des Flusses oder Baches das Wasser,

welches übergetreten, befahren und sonach befischen kann oder nicht. Ist jenes, so hat er auch das Recht, die Fische, welche in dem übergetretenen Wasser sich befinden, zu fischen, indem ihm das Wasser gehört, und indem durch die Ueberschwemmung der Eigenthümer des Landes die possessio und das dominium einstweilen verloren hat. (L. 5. D. quem ad mod. usufr. amit.) Ist aber das Wasser zurück geblieben, so steht ihm die Vindication derselben nicht zu, weil er, ohne die Rechte des Nachbarn zu verletzen, ohne seine Erlaubniß, seinen Grund und Boden nicht betreten darf.

Befinden sich die Fische in Sinken oder Lachen, so ist darauf zu sehen, ob Jemand hier die Fischerei hergebracht hat oder nicht; in dem erstern Fall fällt die Vindication weg, nicht aber in dem letztern Falle.

Im Allgemeinen stimmen hiermit überein: Medices, (de venat. piscat. et aucupio P. 2. q. 27. n. 2.) Schmidt, (Comment. amp. in Cod. bavaric. T. III. p. 377. u. f. f.) Leyser, (Meditat ad. Pand. sp. 502.) Pufendorf, (animadvers. n. 51. 52.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht. §. 210.) Das Gegentheil nehmen an: Estor, (bürgerliche Rechtsgelahrtheit §. 1321.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. K. 3. §. 3. n. 38.)

Von dem Fall der Ueberschwemmung ist der wesentlich unterschieden, wo der Fluß eine andere Richtung oder Lauf bekommt; denn daß auf diesem neuen Arm dem Fischereiberechtigten, so wie in dem Hauptfluß, die Fischerei zusteht, ist unbedenklich.

Das baierische Landrecht von 1616. tit. 29. Art. 1. enthält die oben angegebenen Bestimmungen; das Pr. Landrecht Th. 1. tit. 9. §. 178. u. f. f. unterscheidet dagegen zwischen geschlossenen und ungeschlossenen Gewässern. Wenn bei Ueberschwemmung die Fische in jenen Gewässern auf fremdes Grundstück kommen, so steht zwar dem Eigenthümer die Vindication zu; hat aber der Eigenthümer des Grund und Bodens, wohin die Fische gekommen, auch die Fischerei, so muß er sichere Merkmale angeben, wodurch seine ausgetretenen Fische von denen, die in anderen Gewässern sich befinden, zu unterscheiden sind. Kommen die Fi-

sche aus ungeschlossenem Gewässern, so kann die Verfolgung nicht mehr geschehen. Der Eigenthümer des Bodens kann sich solche zueignen, so wie die, welche in den Lachen zurück bleiben, die er befischen kann.

§. 455. (M. §. 293. 294.)

Zur Anlegung einer Mühle ist die Genehmigung der Obrigkeit nothwendig.

1) Ein Mühlenregal kann nicht angenommen werden, nämlich das Recht des Landesherrn, zu verlangen, daß ein jeder, der eine Mühle erbauen will, seine specielle Erlaubniß haben müsse. Dieß war nicht in dem ältern Recht vorhanden, vielmehr wurden die Befugnisse zur Anlegung einem Jeden gestattet, der echtes Eigenthum besaß, die Mühlen selbst aber als Zubehör der Grundstücke angesehen, (wie dieß mehrere Urkunden beweisen s. Mittermaier §. 293. n. 11.) Erst in der Folge, wo die regalistischen Ideen die Köpfe der Germanisten verrückten, landesherrliches Oberaufsichtsrecht und die Mühlenpolizei mit Regalität verwechselt wurden, entstand die Regalität, welche dann wirklich auch in den Landesgesetzen ihre Bestätigung erhielt.

2) Zur Anlegung einer Mühle an öffentlichen Flüssen [1]) ist die Concession des Landesherrn darum nothwendig, weil sich jene in dem Staatseigenthume befinden; Leyser, (Sp. 326. m. 8.) nimmt ohne Grund das Gegentheil an. An gemeinschaftlichen Flüssen muß die Einwilligung aller Interessenten vorhanden seyn, an Privatflüssen kann jeder Eigenthümer eine Mühle ohne landesherrliche Concession anlegen.

1) s. L. 24. D. de damno infect. L. 18. D. de ac. et aquar. pluv. arc. L. 50. D. de ac. rer. dom. s. Biener, S. 123. Mevius, (Obs. P. IX. obs. 72.) Wernher, (Obs. for. P. II. c. 382. et suppl. nov. p. 312.) Pufendorf, (Vol. II. Obs. 45.) Biener, (de nat. et indol. dom. p. 123. n. 1.)

3) Das Concessionsrecht ist aber von dem Rechte der Polizeibehörde, bei Anlegung der Mühlen ihre Erlaubniß nachzusuchen, und von dem landesherrlichen Oberaufsichtsrecht über das Mühlenwesen genau zu unterscheiden, letzteres rechtfertigt sich a) aus Grundsätzen der Wasserpolizei,

da eine Mühle auf die Nutzungen anderer Interessenten an dem Wasser einwirkt; b) aus dem besondern Schutz, welchen die Mühlen bedürfen, daher sie auch als befriedete Sachen schon in den ältern Gesetzen (Lex Salica Tit. XXV. Leg. wisigothor. VII. tit. 2. §. 12. s. a. Anton, Geschichte der Landwirthschaft Th. 1. S. 396) betrachtet wurden; c) daraus, weil selbst in frühern Zeiten, wo von einer Regalität noch keine Rede war, von Seiten der Obrigkeit darauf gesehen werden mußte, daß durch Anlegung der Mühlen Niemand Schaden leide, wie sich nicht undeutlich aus der Lex Alem. Tit. 83. ergiebt, sonach bei Anlegung der Mühlen die Rechte Anderer von dem nämlichen Wasserberechtigten berücksichtigt werden sollen: Jütisch. Lowbuch 1. Kap. 57.

4) Müssen von dem, welcher eine Mühle anlegen will, und die Regalität des Mühlenrechts angenommen wird, bei der nachgesuchten Concession, Concessionsgelder bezahlt werden, welches aber nicht ist, wenn man der Obrigkeit blos in polizeilicher Hinsicht eine Concurrenz gestattet.

5) Aus der polizeimäßigen Einschränkung der willkührlichen Anlegung der Mühlen folgt noch keinesweges eine Regalität des Mühlenrechts selbst; diese würde die erforderliche Bewilligung des Landesherrn lediglich von dem Gutbefinden desselben abhängig machen; jene ist bei einer ungegründeten Verweigerung der bei der Landespolizei nachzusuchenden Bewilligung zur Anlegung neuer Mühlen auf Privatgrund und Boden der rechtlichen Prüfung und Entscheidung unterworfen. Der Polizeibehörde muß der Plan der vorzunehmenden Einrichtung vorgelegt, die benachbarten Mühlenberechtigten so wie Andere, welche durch den Bau Schaden erleiden könnten, vernommen werden, worauf alsdann die Approbation ertheilt werden kann. Den benachbarten Mühlenbesitzern steht wegen der Besorgniß, daß ihre Nahrung vermindert werden dürfte, kein Recht des Widerspruchs zu. Struck, (de iure prohib. exstruct. molend. Cap. 2. §. 4.) Leyser, (Med. ad Pand. Vol. VI. Sp. 426. m. 8.) Pufendorf, (Obs. T. II. ob. 45.) Da jedoch zuweilen Mühlen in mehrerer Hinsicht gemeinschäd-

lich sind, so kann die übermäßige Vermehrung derselben die Landespolizei verhindern.

Im Ganzen genommen stimmen hiermit überein: Ayrer, (de iure principis circa molas. Gött. 1772.) Fischer, (Cameral- und Polizeirecht Bd. 3. S. 50.) v. Berg, (Polizeirecht Th. 3. S. 163.) s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. 15. §. 235. So wird die landesherrliche Erlaubniß auch im Churbraunschweigischen, so viel das Fürst. Calenberg, Herz. Bremen und Verden betrifft, erfordert, nicht aber in Lüneburg, Hoya, Grubenhagen. Struben, (rechtl. Bed. Th. 2. B. 48. Th. 5. B. 85.) Pufendorf, (Obs. T. II. obs. 45.) Andere dagegen sind der Meinung, daß der Eigenthümer des Flusses hierzu keine Erlaubniß brauche, als: Leyser, Mittermaier, (a. a. O.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 394. und in den Erörtr. B. 4. n. 1.) macht den Unterschied zwischen öffentlichen und Privatflüssen: zur Anlegung der Mühlen an jenen sey die landesherrliche Erlaubniß darum nothwendig, weil dem Staate das Eigenthum des Flusses zustehe; bei der Anlegung an diesen komme es aber darauf an: ob die Mühle blos zum Privatgebrauch oder des Mühlengewerbes wegen angelegt sey. Im erstern Fall sey die Anlage als eine res merae facultatis der Regel nach zu betrachten, und solche von der Willkühr des Eigenthümers allein abhängig; im letztern Fall aber sey die landesherrliche Einwilligung jederzeit erforderlich. Der Grund liege darin, weil alle Mühlen, worin ein öffentliches Gewerbe getrieben wird, der Aufsicht der Polizeigewalt unterworfen wären, deßhalb auch nur die Gerichts- und Polizeiobrigkeit untersuchen und entscheiden könne, ob durch Anlegung einer neuen Mühle weder das Recht des Dritten gekränkt, noch das gemeine Beste gefährdet werde. Allein dieser Unterschied scheint nicht gegründet, denn wenn eine Mühle blos zum Privatgebrauch benutzt wird, so kann dennoch durch Anlegung derselben ein Nachtheil für die übrigen entstehen, vorzüglich alsdann, wenn sie gewisse Rechte an diesem Flusse erworben haben sollten, z. B. Wässerungsrecht, Fischereirecht u. s. w.

§. 456. (M. §. 295. n. 1.)

Ein Müller ist befugt, die Mahlgänge auch ohne landesherrliche oder gutsherrliche Bewilligung zu vermehren.

Wenn auch nach den Landesgesetzen das Mühlenrecht als Regal betrachtet wird, sonach zur Anlegung neuer Mühlen die landesherrliche Genehmigung vorhanden seyn muß, so ist doch dieß zu innern Mühlenverbesserungen und Veränderungen unnöthig. Denn

1) ist jeder Eigenthümer, auch der nutzbare, befugt, eine Veränderung der Sache auch ohne Einwilligung des Landes- oder Gutsherrn vorzunehmen, wenn nur solche dadurch nicht verschlimmert wird;

2) weil, wenn der Müller sein Mühlengewerbe durch Anlegung eines zweiten Ganges vergrößert, der Staat und auch die Gutsherrschaft keinen Schaden leidet, vielmehr Vortheile hat;

3) der Widerspruch anderer Müller darum keine Berücksichtigung verdient, weil nach staatswirthschaftlichen Prinzipien der Gewerbfleiß Begünstigung, aber nicht Beschränkungen leidet;

4) weil, wenn dem Müller die Mühlengerechtigkeit verliehen ist, eine Einschränkung bei Ausübung der Mühlengerechtigkeit nicht vermuthet werden kann;

5) daraus, daß der Müller, wenn er die Mühle an einen andern Ort verlegen, oder in eine neue Mühle verwandeln will, nothwendig die landes- oder gutsherrliche Erlaubniß haben müsse, nicht gefolgert werden kann, daß nun auch hier, wo er eine Vermehrung der Mühlengänge vornehmen will, solche nothwendig vorhanden seyn müsse: indem beides nicht auf einerlei Entscheidungsgründen beruht, sondern eine ratio diversitatis vorhanden ist; durch jenes ein Nachtheil für das allgemeine Beste entstehen kann, welches hier nicht ist.

6) Auch läßt sich in dem Falle einer Vergleichung nicht das Gegentheil annehmen, indem der, welchem die Gerechtigkeit verliehen worden, darauf hätte bedacht seyn müssen, daß ihm dieses Recht der Vermehrung der Mahlgänge ge-

stattet sey. Denn es ist allezeit bei einer Verleihung die Regel anwendbar, daß gegen den die Auslegung zu machen sey, welcher deutlicher hätte reden sollen. Diese richtige Meinung vertheidigen: Gail, (Lib. II. Obs. 69. n. 18. 26. 27.) Berger, (oec. iur. Lib. II. tit. 1. Th. 5. n. 2. Wernher, (Observ. for. P. 4. obs. 382.) Stryck, (de damno rebus alienis licite illicito in exstruendo. Cap. 2. n. 160.) Leyser, (im iure georgico. Lib. 3. C. 15. §. 42 — 42.) Entscheidung der pr. Gesetzcommission v. 4ten April 1789 (in Klein's Annalen Th. 4. S. 211.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 394.) Andere nehmen das Gegentheil an: Carpzov, Stryck, Bertoch, (in promptuario iuris voc. molendinum p. 244. §. 1.) Estor, (Einl. zur bürgerl. Rechtsgelahrtheit d. Deutschen §. 23.) Beneckendorf, (Oeconom. forens. Th. 1. Hauptst. 1. §. 53. 54. 55. 56.) und Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. XV. §. 235. Bülow u. Hagemann, (Erörtr. B. 4. §. 4. 5.) unterscheiden: ist der Fluß ein öffentlicher, woran die Mühle liegt, so ist Einwilligung darum nothwendig, weil sich der Fluß im Staatseigenthum befindet; ist der Bach oder Fluß, woran die Mühle liegt, ein gemeinschaftlicher, so kann die Anlegung eines neuen Mühlgangs nur dann geschehen, wenn den Mitinteressenten und Mühlenbesitzern daraus kein positiver Schaden durch Entziehung oder Verhinderung des bisherigen Wasserganges und Wasserflusses erwächst.

Anmerk. Ob dem Müller zu gestatten: aus einer unterschlächtigten eine oberschlächtigte Mühle zu machen, darüber s. Reinbarth, (de eo, quod circa molendinorum exstructionem atque bannum iustum est. §. 49. n. 3.

§. 457. (M. §. 295. n. 2.)

Der Obermüller kann wegen Wassermangel das Wasser nicht zum Nachtheil des Untermüllers staunen.

Außer den schon oben s §. 440. (M. §. 280. n. 2.) angeführten Gründen sind folgende Grundsätze bei diesem speciellen Falle zu beobachten.

1) Liegt die Mühle an einem öffentlichen Flusse,

so steht einem jeden Mühlenbesitzer die gemeinschaftliche Benutzung des Wassers zu, indem der Staat, welcher die Concession zur Anlegung der Mühle gegeben hat, zugleich auch die Verpflichtung auf sich genommen, dafür zu sorgen, daß dieses erhaltene Recht ungekränkt ausgeübt werde. Wenn daher der Obermüller, dem nur gleiche Befugnisse wie dem Untermüller zustehen, das Wasser dergestalt staunen wollte, daß diesem letztern alles Wasser entzogen würde, so könnte auf Antrag desselben sogleich ein mandatum sine clausula an den Obermüller ergehen, und er angehalten werden, die Schützen wieder aufzuheben.

2) Ist der Fluß oder Bach gemeinschaftlich, so steht jedem Interessenten die Mitbenutzung vermöge seines Miteigenthums zu, sonach kann auch der Obermüller durch Staunung des Wassers dem Untermüller das Wasser nicht entziehen, sondern muß ihm seinen natürlichen Lauf lassen. Ist es zweifelhaft, ob dieser Bach ein gemeinschaftlicher sey, so tritt die Vermuthung ein, daß ein jedes Mühlenwasser für öffentlich zu halten ist. (Schilter, Exercit. 47. Th. 45. v. Rohr, Haushaltungsrecht B. 4. Kap. 2. §. 15.) Diese Vermuthung würde dadurch beschränkt werden, wenn die Benutzung des Baches der Dorfgemeinde zur Viehtränke zustände, (Hennig, tract. de molend. Q. 15. n. 12.) oder der Müller einen Zins an den Landesherrn zu entrichten verbunden wäre.

3) Ist der Fluß ein Privatfluß des Obermüllers und dem Untermüller der Mitgebrauch des Baches gestattet, so kann die Rechtsregel: qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam, darum keine Anwendung finden, weil hier das Eigenthum des Obermüllers beschränkt ist; vielmehr würde hier analogisch dasjenige zur Anwendung zu bringen seyn, was bei dem Hut- und Weiderecht eintritt, wenn Mangel an der Weide entsteht. So wie hier ein Jeder so viel von seinem Recht aufgeben muß, damit das Recht des Andern ausgeübt werden kann, (s. §. 207. M. §. 150.) so muß auch hier der Obermüller dem Untermüller so viel Wasser ablassen, daß er im Stande ist, sein Mühlgewerbe zu betreiben, und es könnte immer nach der bekannten

Rechtsregel: in pari causa melior est conditio prohibentis, quam disponentis, gegen den Obermüller entschieden werden.

4) Ergiebt sich hieraus, daß der Untermüller nicht verbunden ist, den Beweis des Verbietungsrechts zu führen, oder sein ius potius zu erweisen, indem ihm dieß an und für sich schon zusteht; auch würde darauf nicht Rücksicht zu nehmen seyn, ob der Obermüller eine bloße Säge-, Grütz- oder Oelmühle hätte; der Untermüller aber eine Mahlmühle, bei deren Stillstand der Gegend ein Nachtheil erwachsen, ein Mehl und Brodmangel entstehen könnte. Cramer, (Opusc. T. 2. n. 10. Wetzl. Nebenst. Th 36. n. 3.) Estor, (bürgl. Rechtsgel. Kap. 56. §. 2243.) sind im Ganzen der obigen Meinung. Allein Andere nehmen das Gegentheil an: der Meinung, daß überhaupt dem Obermüller die Befugniß zustehe, das Wasser zu staunen, sind: Rohr, (Haushaltungsrecht §. 26.) Westphal, (deutsch. PR. Th. 2. S. 173. §. 2.) Pfotenhauer, (Einige Begriffe und Grundsätze für Juristen, welche Mühlenprozesse zu entscheiden haben, in Zachariä, Annalen der Rechtsgelehrs. Th. 2. S. 156.) Haubold, (Sächs. PR. §. 367.) Mittermaier, (a. a. O.) Andere machen einen Unterschied zwischen öffentlichen Flüssen, Bächen und Privatgewässern, und gestatten dem Obermüller das Staunungsrecht im letztern Fall unbedingt: Bieler, (de arbore et palo molendinario, vulgo Frohn- und Sicherheitspfahl, Kap. 3. §. 13.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. Kap. 8. §. 15. n. 3. Noch Andere im letztern Falle blos zur Nothdurft, nicht nach seiner Convenienz und Willkühr: Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 397. n. 4.) Bülow und Hagemann, (Erörtr. B. 4. n. 1. §. 8.)

§. 458. (M. §. 296.)

So wenig das Wasser eines Baches, der eine Mühle treibt, dem Müller entzogen werden darf, eben so wenig darf durch Anlegung von Gebäuden, Pflanzung von Bäumen dem Windmüller der Wind entzogen werden.

1) In Rücksicht beider Fälle ist der Grundsatz anwendbar: daß in zweifelhaften Fällen der, welcher durch Ausübung seines Rechts einen Vortheil sucht, dem nachstehen müsse, welcher einen Schaden abzuwenden bedacht ist. Wenn sonach der Eigenthümer eines Baches, wegen Bewässerung seiner Wiesen, Staunschleußen anlegt, wodurch dem Müller das Wasser entzogen wird, oder wenn zum Nachtheil des Windmüllers große Gebäude angelegt werden, so kann dagegen die vermeintliche Regel, daß der Eigenthümer des Grundstücks nach Gutbefinden solches benutzen kann, und Niemandem Unrecht thue, wenn er sich seines Rechts bediene, nicht zur Anwendung kommen.

2) Dem Windmüller kann von den Nachbarn durch Anlegung hoher Gebäude der Wind nicht entzogen werden, indem schon

a) das r. Recht in L. ult. C. de servit. et aqua bestimmt: sancimus itaque, nemini licere, sic aedificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem, ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream et fructuum inutilitatem faciat. Es kann dagegen nicht eingewandt werden, daß dieses Gesetz blos einen speciellen Fall betreffe, daß blos den Besitzern der Scheunen und Dreschtennen das Recht beigelegt sey, ihren Nachbaren zu untersagen, durch Aufführung höherer Gebäude den erforderlichen Wind zur Reinigung ihrer trocknen Früchte zu entziehen, wie unter Andern Brunnemann, im Commentar. z. d. r. Gesetz angenommen hat, oder daß es sehr zweifelhaft sey, ob zu damaliger Zeit den Römern die Windmühle bekannt gewesen, vielmehr anzunehmen, daß sie blos Hand- und Roßmühlen gehabt hätten. (Hering, tract. de molendinis. quaest. 2.) Denn nach der bekannten Regel: ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio, finden diese Gegengründe

keine Anwendung. Der Grund des Gesetzes ist offenbar der, daß dem Berechtigten die Ausübung seines Rechts durch Erbauung von Gebäuden nicht entzogen werde.

3) Wenn die Erweiterung und Erhöhung eines Gebäudes dem Eigenthümer gestattet wird, (L. 8. u. 9. C. de servit. et aqua L. 24. D. de serv. praed. urban.) so folgt daraus nicht, daß dieß zum Nachtheil derer gereichen dürfe, welche ein gegründetes Recht des Widerspruchs haben.

Dieser Meinung sind: Hering, (de molendinis eorumque iure q. 43. 44.) Müller, (ad Struvium im syst. ius. exerc. 3. L. 1. §. 75.) Pufendorf, (observ. i. T. 4. ob. 232. §. 494.) Stryck, (usus mod. Pand. Lib. 39. T. 4. §. 494.) Hagemann, (Landwirthschftsr. S. 396.) v. Bülow u. Hagemann, (Erört. B. I. n. IV. B. IV. n. 1. §. 2.) Entsch. der pr. Ges. Comm. vom 25sten Jul. 1791. (in Kleins Annalen Th. 8. S. 353.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. 15. §. 247. Der entgegengesetzten Meinung ist unter Andern: Westphal, (de libertate et servitut. praed. P. II. L. 3. u. 8.)

§. 459. (M. §. 296.a)

Bergrecht ist der Inbegriff der Rechte, welche sich unmittelbar auf den Bergbau beziehen.

Sehr verschieden sind die Begriffe, welche vom Bergrecht angegeben werden.

Bause, (Institutiones iuris metallici germanici Lpz. 1740. T. 1. p. 62.) sagt: Bergrechte sind Landesgesetze, welche der regierende Landesherr vermöge seiner obersten oder höchsten Botmäßigkeit, die er über die Bergwerke und was dazu gehört, hat, vorschreibt, oder gute Gebräuche stillschweigend billigt, zur Erhaltung und Behauptung eines gemeinen Nutzens. Lobethan, (Einl. z. Bergwerksrecht Halle 1777. §. 1.) versteht unter Bergwerksrecht denjenigen Nebentheil der positiven Jurisprudenz, welcher die durch die ganze Rechtsgelahrtheit zerstreute Lehre von dem, was in Ansehung der Bergwerke Rechtens ist, enthält.

Köhler, (Versuch einer Anleitung zu den Rechten und der Verfassung bei dem Bergbau. Freib. 1786. S. 2.) sagt: Bergrecht nennt man das in Absicht auf den Bergbau übliche Recht.

Wagner, (Corpus iur. metallici rec. et ant. Lpz. 1791.) bemerkt, (Vorrede p. IV.) daß das Object des Bergrechts Rechte und Verbindlichkeiten sind, welche in Rücksicht des Bergbaues entstehen, und bei weitem die meisten streitigen Bergsachen und zweifelhaften Bergwerksfragen beschäftigen sich mit den Befugnissen und Obliegenheiten, die insbesondere aus der Beleihung mit dem Bergbau zwischen dem Inhaber des Bergregals und den beliehenen Personen, und wieder zwischen diesen und den Grundbesitzern anderer Bergeigenthümer entstehen.

Danz, (Handbuch des d. PR. B. 1. S. 20. §. 9.) äußert sich dahin: Bergrecht ist der Umfang aller derjenigen rechtlichen Grundsätze, welche sich auf Bestimmung, Erhaltung und Verwendung der Staatseinkünfte in Bezug auf Bergwerke bezieht.

Cancrin, (Erste Gründe des Berg- und Salzrechts Th. 2. Abth. 1. §. 11.) sagt: Bergrecht ist der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Bergbau eigen sind. Wittich, (Com. de notione iur. metallici Goett. 1802. §. 3.) unterscheidet zwischen Bergrecht in der weitern und engern Bedeutung und definirt jenes als complexus iurium proxime rei metallicae causa constitutorum, dieses als complexus normarum iuris, quae metallicae propriae sunt.

§. 460. (M. §. 296.[a])

Nach und nach wurde das Bergrecht zu einem Regal erhoben, welches unter Kaiser Otto noch nicht anzunehmen ist.

Daß schon zu Carl d. Gr. Zeiten ein Bergregal vorhanden, wie Bayer, (Bergstaatsrechtslehre ed Cancrin p. 58. c. 4.) und Döderling, (Diss. de differentiis nonnullis iur. feudalis emphyteutici et metallici hodierni circa metalli fodinas Sect. 1.) annehmen und sich auf eine Ur=

Urkunde v. 746. (Goldast T. I. const. p. 17.) berufen, ist darum zu bezweifeln, weil diese Urkunde, wie Pfeffinger, (T. III. p. 1056 und p. 1446.) bewiesen hat, falsch ist. Daß die fränkischen Könige auf ihren Domainen Bergwerke bauen ließen, ist aus dem Capit. de villis C. 28. 62. ersichtlich, und Ottfried erwähnt der Bergwerke im Evangelio. Aber einem jeden Eigenthümer des Grund und Bodens stand das Recht des Bergbaues zu.

Allein seit Kaiser Otto's Zeiten, vorzüglich durch Einführung des römischen Rechts veranlaßt, kam die Idee des Bergregals auf, und wegen der Versuche der Kaiser, solches zu behaupten, waren kaiserliche Verleihungen nicht selten. Dennoch wurde das Bergrecht als eine Zubehör der Grundstücke angesehen. In einer Urkunde v. 1131. wonach der Kaiser Lothar dem Kloster Reichenberg einen Distrikt verlieh, wird bemerkt, daß, wenn sich in demselben Metalle vorfinden sollten, die Proprietät dem Kloster zustehe, auch Niemand befugt sein solle, das ius decimandi in Anspruch zu nehmen.

Aus dieser Urkunde läßt sich aber eben so wenig als aus der v. J. 1150., nach welcher der K. Conrad III. dem Stift Corvey das Bergrecht verlieh, (Lünig sp. eccl. P. 3. c. 5. p. 94.) folgern, daß es zu den Regalien gehört habe; denn sonst müßte man annehmen, daß Alles, was in den Verleihungsurkunden erwähnt wird, als unter andern Leibeigene, lebendige und leblose Dinge, als Regal anzusehen sind.

Auch daraus, weil das Bergregal selten zu der Zubehör der Grundstücke gezählt wurde, läßt sich nicht folgern, daß es zu den Regalien gehört habe; denn von jenem liegt der Grund vorzüglich darin, weil die Bergwerke noch unergiebig, der Bergbau wenig betrieben wurde; auch weil die Erze nicht sichtbar sind, wurde das Bergrecht weniger berücksichtigt.

In den Urkunden kommen häufig die Worte vor: gesucht und ungesucht; so heißt es in der Urkunde, welche

Gundling erwähnt, (vita Henric. I. p. 304.) Hen. I. villam Utingen, quam hereditari possit, cum omnibus accidentiis, pratis, pascuis, aquis, aquarum decursibus, piscationibus, molendinis, sive locis aptis ad molendina construenda, agris, cultis et incultis, quaesitis et inquirendis simul etiam omnes homines eidem villae — unter dem Worte ungesucht sind wohl Metalle zu verstehen.

So wie sonst dreifache Arten der Territorien unterschieden wurden, Länder, welche zu den fiscalischen Gütern des Kaisers oder Landesherrn gehörten, Territorien der Fürsten und Grafen, und Güter, welche sich in dem Eigenthum der Adelichen und Dynasten befanden, so war auch dieser Unterschied wichtig in Ansehung der Bergwerke. Auf den fiscalischen Gütern stand das Bergrecht dem Kaiser oder Landesherrn zu, auf den andern, den Fürsten, Adelichen oder Dynasten.

Die Versuche des Kaisers, die Bergwerke als Regal an sich zu reißen, mißglückten bei den Großen, die kleinern Fürsten und Adelichen sahen sich aber aus Furcht und Ehrfurcht gegen den Kaiser veranlaßt, sich diese Rechte besonders bestätigen zu lassen, wodurch in der Folge ein neuer Grund für die Regalität des Bergrechts entstand.

Der Sachsenspiegel enthält im B. 1. Art. 35. Bestimmungen, welche dem damaligen Zeitalter ganz gemäß waren. Denn es heißt hier: alle Schätze unter der Erde begraben, tiefer denn Pflug geht, gehören zur königl. Gewalt; Silber soll auch Niemand auf eines andern Mannes Gute, ohne des Eigenthümers Willen, brechen; giebt dieser aber Erlaubniß dazu, so ist dennoch die Vogtei sein darüber. Daß dieser Artikel nicht auf Schätze zu beziehen, ist schon bemerkt; (s. §. 197. z. M. §. 145.) er enthält zweierlei Bestimmungen, indem die Bergwerksschätze zuerst dem Kaiser überhaupt, dann dem Grundeigenthümer zugesprochen werden, welches auch mit den damaligen Begriffen im Einklang steht, indem ja dem Kaiser in seinen Kammergütern und Reich das Bergrecht, den Landesherren aber in ihren Territorien zustand.

Die goldne Bulle bestätigt tit. IX. §. 1. das hergebrachte Recht der Kurfürsten auf die Metalle.

In der Folge gab die größere Ausbreitung des römischen Rechts, welches kein Bergregal kennt, das jedoch die Kaiser in den eroberten Provinzen hergebracht hatten, (Flade, römisches Bergrecht. Freib. 1805.) die Ausbreitung des Lehnwesens, indem eine Menge Sachen und Rechte der Gegenstand der Verleihung wurden, vorzüglich aber die Berufung auf das Münzrecht, mit welchem das Bergregal in Verbindung gestellt wurde, die Veranlassung, das Bergrecht als ein Regal des Kaisers und der Landesherren anzusehen.

Eine der frühesten Formen der Ausübung des Regals war die Freierklärung des Bergbaues, wonach Jedem erlaubt wird, nach Erzen zu suchen, und wenn er solche entdeckt hat, sich nachher von dem Staate mit dem Bergbau belehnen lassen muß.

Nach dem ältern deutschen Staatsrecht war allgemein die Berggerechtigkeit, d. h. das Eigenthum der Bergwerke, die ausschließliche Benutzung derselben, kein Bestandtheil der Landeshoheit; nur den Kurfürsten stand solches nach der goldnen Bulle, doch nur auf die edlern Metalle, zu; andere Landesherren bedurften einen besondern Rechtstitel. Die Berghoheit war aber in ihrem ganzen Umfange in der Landeshoheit enthalten.

Nach dem jetzigen öffentlichen Recht des deutschen Bundes ist die Regalität des Bergbaues überhaupt angenommen. Wenn aber auch dieß ist, so läßt sich solche nicht in Ansehung aller Metalle behaupten, sondern ist, wenn Landesgesetze keine nähere Bestimmung enthalten, blos auf die edlen zu beziehen. (§. 461.)

Hiermit stimmen überein: Ludewig, (Erläuterung der gold. Bulle Th. 1. S. 806.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 2. not. 77.) Biener, (de natura et indole dom. p. 146. und de iurisdictione iudicis et sabin. metallicis ex iure imp. sax. Lpz. 1799. p. 5. not. 5.) Hüllmann, (Geschichte der Regalien S. 69.) Eich-

horn, (Rechtsgeschichte §. 58. not. c. §. 297. 362. und Einl. z. d. PR. §. 273.) Klüber, (öffentl. R. d. d. B. §. 446.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere dagegen nehmen das Gegentheil an; Einige nehmen als Grund die Polizeiaufsicht an, indem diese auf die Sicherung des Publicums gegen Münzbetrügerei mit gerichtet sey; als Geisler, (Pr. de analogia iur. pub. §. 10.) Andere setzen den Grund darein, weil der vollständige Betrieb des Bergbaues unmöglich wäre, wenn er von der Oberfläche des Grund und Bodens abhängig gemacht würde. Schuckmann, (Ideen über Finanzverbesserungen. Tüb. 1808. S. 25.) Gönner, (Rechtsfälle B. 2. n. 17.) Himelstos, (Entwickelung des Begriffs der Regalität §. 13. 14. 25. S. 64. 90. 92.) s. a. Wagner, (über den Beweis d. Regalität des Bergbaues. Freib. 1794.) Noch Andere nehmen als Grund die Begrenzung des Privatgrundeigenthums mit der Oberfläche der Erde an; Pütter, (Beitr. zum d. Staats- u. Fürstenrecht Th. 1. S. 203.) Cancrin, (a. a. O. §. 24. 42. 44.) Fischer, (Cameral- und Polizeirecht B. 2. S. 188.) Eine ganz besondere Meinung hat Gervais, (in s. kleinen Mittheilungen Th. 2. S. 279.) der die Regalität aus dem Grunde behauptet, weil die Fossilien einer weitern Vermehrung unfähig sind.

§. 461. (M. §. 296. a)

Die Regalität des Bergbaues kann blos in Ansehung der edlen Metalle, Gold und Silber, angenommen werden.

Nicht alle Fossilien und unterirdischen Producte, welche durch einen regulären Bergbau gewonnen werden, gehören zu den Regalien, obgleich unter Andern: Runde, Gr. des deutsch. PR. §. 63. und v. Gönner, Rechtsfälle B. 2. S. 1 — 74. das Gegentheil annehmen.

Ein Regal, welches allein auf dem Herkommen beruht, muß auch in Ansehung seiner Gegenstände danach beurtheilt werden.

Wichtig ist diese Bestimmung für die *freien* Gutsbesitzer und solche Unterthanen, denen das Bergwerk *verlie-*

hen ist; jene können in Benutzung ihres Eigenthums nur in so weit beschränkt werden, in so weit diese Gegenstände nach dem Herkommen zu den Regalien gehören; diese werden bei Ermangelung der nähern Bestimmung der Verleihung nach demselben Maaßstabe beurtheilt. Wenn Landesgesetze keine näheren Bestimmungen enthalten, welche Gegenstände zu den Regalien gehören, so kann im Allgemeinen die Regalität blos in Rücksicht des Goldes und Silbers behauptet werden. Dieß beweist:

1) die ältere Verfassung. In frühern Zeiten wurde Gold und Silber wenig geschätzt, auch nicht als Tauschmittel gebraucht. Nachdem aber das Münzrecht aufkam und die Könige sich ausschließlich dieses Recht zueigneten, (Carl d. Gr. Befehl, daß alles Gold und Silber, welches gemünzt werden sollte, in die Münze gebracht werde;) so war die Folge davon, daß Gold und Silber nach und nach der königlichen Gewalt zufiel, um so mehr, da die Bergwerke großen Aufwand erforderten.

Nachdem nun das Recht auf Gold und Silberbergwerke ein kaiserliches Regal geworden, ging es, nachdem die Landeshoheit mehr befestigt war, auf den Landesherrn über. So kam es denn, daß auf den Privatgütern, in welchen sich Gold und Silber vorfand, von den Regenten Bergwerke angelegt wurden; doch erforderte es Recht und Billigkeit, den Gutsbesitzer hinlänglich zu entschädigen.

In Ansehung der übrigen geringeren Metalle, Steine, Erdarten waren solche Beschränkungen nicht vorhanden und es läßt sich nicht erweisen, daß diese zu den Regalien gezählt wurden. Auch waren hier nicht die Gründe vorhanden, welche bei Gold und Silber eintreten, um die Regalität zu behaupten. So blieb es, bis das Regalitätssystem durch Hofpublicisten noch mehr erweitert wurde. (Häberlin, Handbuch des deutsch. Staatsrechts Th. 3. S. 176. §. 371.)

2) Beweist dieß auch das Herkommen deutscher Länder. So bemerkt Carpzov, (de regalibus C. 3. reg. 23. aphor. 4. p. 126.) daß die Vasallen, welche mit ho=

hen und niedern Gerichten beliehen sind, [u]) und auf deren Lehngütern sich Erze finden, das ausschließliche Recht besitzen, diese Erze ohne Abgabe zu benutzen, wenn sie mehr Kupfer enthalten; wenn aber das Gegentheil statt hat, und sie mehr Gold und Silber enthalten, dem Landesherrn gehören.

u) Nach dem gemeinen Recht kann aus diesem Grunde der Vasall auf das Bergrecht und Bergzehnten keine Ansprüche machen.

3) Die goldne Bulle bestimmt zwar Cap. IX. Praesenti constitutione . . Statuimus . . . quod . . . . universi et singuli electores, ecclesiastici et seculares, qui perpetuo fuerint, universas auri et argenti fodinas atque mineras stanni, cupri, plumbi, ferri et alterius cuiuscunque generis metalli ac etiam salis, tam inventas, quam inveniendas in posterum quibuscunque temporibus . . . . in principatibus, terris, dominiis et pertinentiis suis tenere iuste possint et legitime possidere cum omnibus iuribus, nullo prorsus excepto, prout possunt seu consueverunt talia possidere; und hiernach könnte es scheinen, als wenn außer Gold und Silber, alle übrigen Metalle und Fossilien, welche aufgeführt sind, Regalien wären: allein aus der beigefügten Clausel prout etc. ist ersichtlich, daß es auf das Herkommen ankommen soll, sonach können Gemeinheiten und Privatpersonen solche in Anspruch nehmen.

4) Die Eintheilung der Fossilien und unterirdische Producte in drei Klassen, so daß die, welche zu der ersten Klasse zu zählen, als Gold, Silber, Kupfer, Eisen, Blei, Quecksilber, Kobalt, zu den Regalien gehören, ist ganz willkürlich und auch unrichtig.

Eben so wenig läßt sich von der Eintheilung des Bergrechts in ein hohes und niederes ein Schluß auf die Regalität machen.

Hiermit stimmen überein: Pütter, (Inst. iur. publici §. 371.) Häberlin, (Handbuch des d. Staatsrechts Th. 3. §. 371.) Bergius, (neues Polizei- und Cameralmagazin 1. 233. 55.) v. Berg, (jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle B. 2. n. XXVIII.) Die ältern Rechtsgelehrten beschränkten die Regalität blos auf Metalle, wo-

raus Münzen geschlagen wurden. Mehrere sind aber der entgegengesetzten Meinung und dehnen die Regalität sehr aus, als: Runde, (Gr. d. d. PR. §. 163.) Danz, (Handbuch des d. PR. Th. 2. §. 163.) Hartwich, (Rechtsbuch S. 277.) Roth, (Staatsrecht des Rheinbundes 2. 91.) Klüber, (öffentl Recht d. d. Bundes. §. 447. 448.) Wie weit sich die Regalität in einzelnen Ländern erstreckt, ist aus den Bergordnungen zu ersehen. (Wagner, corp. iur. metallici und Haubold, sächs. Privatrecht §. 244.) s. a. das pr. Landrecht Th. 2. tit. 16. §. 69. u. s. f.

§. 462. (M. §. 296.)

Die Böhmen waren die ersten, welche in Sachsen den Bergbau betrieben.

In Sachsen sind die ersten Bergwerke unter Otto dem Reichen im Jahre 1169 entdeckt worden, wie aus einer Urkunde ersichtlich ist, die Klotzsch, de origine metallici fodinorum in Saxon. p. 203) anführt, wo es heißt: praeterea sciendum, cum ab imperio cuiuslicet metalli proventum in nostra marchia beneficii iure suscepimus.

Daß nun die, welche zuerst in Sachsen den Bergbau betrieben, Böhmen und nicht Wenden waren, ist darum anzunehmen, weil theils mehrere Kunstwörter im Bergwesen vorkommen, die aus der böhmischen Sprache entlehnt sind, böhmische Bergeinrichtungen sich vorfinden, und die böhmischen Berggesetze in Sachsen zur Norm dienten. (In den Freiberger Statuten von 1478 heißt es im 2ten Kap. iura metallica a civibus Iglaviensibus collecta. v)

v) Abgedruckt in Dobner, Monum. hist. boemicae Th. IV. p. 205. 227. schon frühzeitig nämlich in den Statuten von 1294 wird auf das böhmische Bergrecht verwiesen. (M. §. 296. n. 3.)

Hiermit stimmen überein: Albinus, (meißn. Bergchronik Th 2. S. 16.) Klotzsch, (a. a. O. S. 46 — 52.) Biedermann, (de iuribus sing. αὐτουϱγων metallicorum. Lpz. 1810. p. 17. n. 35.)

Das Gegentheil nehmen an: Weiße, (Geschichte der chursächs. Staaten Th. 1. S. 92.) Schreiter,

(Beitr. zur Geschichte der alten Wenden und ihren Wanderungen nebst einigen Vermuthungen vom Bergbau derselben im sächs. Erzgebirge. Lpz. 1807.) Haubold, (a. a. O. §. 242.) ist der Meinung, daß so viel gewiß sey, daß in der Folge sowohl niedersächsische, als böhmische Bergleute in den Gegenden des Erzgebirges sich niedergelassen hätten.

Anmerk. z. §. 296 b. An der Existenz eines gemeinen Bergwerksrechts läßt sich in so weit zweifeln, als an der des gemeinen deutschen Privatrechts; dieß ist der Fall s. §. 47.

§. 463. (M. §. 289.)

Torf, Stein- und Braunkohlen, Marmor, Schiefer, Porzellanerde und Schwefel gehören nicht zum Bergregal, wohl aber der Salpeter.

Der Grundsatz: daß alles, was auf der Oberfläche der Erde sich befindet, zum Privateigenthum, das, was unter der Erde ist, zum Staatseigenthum gehöre, ist zu verwerfen; denn wollte man ihn für richtig annehmen, so würde jede Steinlage dem Staate gehören, indem die Tiefe der Oberfläche des Privateigenthums unbestimmt ist. Häberlein, (Handbuch des deutsch. Staatsrecht B. 3. S. 175.) Was nun

1) den Torf betrifft, so gehört solcher, er mag Pech- oder Sumpf-Torf seyn, zum Pflanzen- und Gewächs-, nicht Mineralreich, kann also nicht als Regal in Anspruch genommen werden; er ist als eine Zubehör des Eigenthums anzusehen, und sonach steht dem Grundherrn das Recht der Benutzung und der Bearbeitung zu, so wie er auch solchen pachtweise Andern überlassen kann.

Hiermit stimmen überein: Häberlin, (a. a. O. §. 371) v. Leist, (Lehrbuch d. deutsch. Staatsrechts §. 220) Pütter, (Erört. B. 3. Heft 1. S. 51.) Breuning, (in Siebenkees Magazin 1. 121.) Cancrin, (Gr. d. deutsch. Berg- und Salzrechts §. 8.) Danz, (Handbuch B. 2. S. 90.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 139. S. 236.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nimmt unter Andern an: Kapf, (Unter-

suchung der Frage: ob der Torf zu den Regalien gehöre: Tub. 1709.) s. a. Segnitz, (Praes. Koch, de iure fodiendi tursam lutosam inter regalia haud referendam. Lpz. 1801.)

2) Stein- und Braun-Kohlen, wenn sie gleich mehr Mineraltheile als der Torf haben, hinterlassen nach angestellten Proben weder Metall noch Mineral, sondern Spuren ihrer ehemaligen vegetabilischen Natur, daher sie auch nicht zu den Regalien zu zählen sind.

Hiermit stimmen überein: Hertwig, (in dem Bergbuch S. 241.) Horn, (Diss. de regal. metalli fod. iure §. 17.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 2. B. 17.) Krebs, (de ligno et lapide p. 478.) v. Gönner, (Rechtsfälle 2. St. 18.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 140.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Dornfeld, (Diss. de iurib circa lithauthraces. Lpz. 1742. §. 12.) Beyer, (Bergstaatsrechtslehre S 69) Hommel, (observat. 607.) Klüber, (öffentl. Recht. §. 362.) s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. 16. §. 71.

3) Steine und Sand gehören nicht zu den Regalien; vergebens beruft man sich auf römische und longobardische Gesetze, auf die goldene Bulle; denn alle diese handeln nur von Erzen, und von diesen läßt sich kein analogischer Schluß machen. Sie sind daher als Zubehör der Grundstücke anzusehen. Auch daraus, daß zur Anlegung der Kalk-, Gyps- und Ziegelbrennereien, oder zur Bearbeitung der Steine, landes- oder obrigkeitliche Concession gehöre läßt sich nicht die Regalität folgern.

Dieser Meinung sind: Struben, (rechtl. Bedenken B. 2. S. 289.) Cancrin, Berg- und Salzrecht S. 45.) Berg, (jurist. Beobachtungen Th. 2. n. 28.) Hagemannn, (Landwirthschaftsrecht a. a. O.) Danz, (Handbuch B. 2. S. 89.) Das Gegentheil wird in Ansehung der einzelnen Gegenstände vertheidigt, von Hofmann, (de regal. Tub. 1751.) Wenck, (de dominio part. p. 7.)

Was dagegen den Salpeter betrifft, so sind besondere Gründe vorhanden, nach welchen die Regalität anzunehmen ist, wenn er auch gleich zu den Salzen gehört, und durch keinen ordentlichen Bergbau gewonnen wird. Ein vorzüglicher Grund ist der, weil er zu Pulver gebraucht wird, und die Verfertigung desselben den Privatpersonen nicht überlassen werden kann, indem dieses Recht aus dem iure armorum entspringt. Daher muß auch dem Staate die Befugniß zustehen, den Salpeter scharren zu lassen, Salpeterhütten anzulegen u. s. w.

Die meisten Rechtsgelehrten vertheidigen diese Meinung: Moser, (Landeshoheit über Erd und Wasser S. 190.) Pütter, (Erörtr. B. 3. Heft 1. S. 17.) v. Berg, (Rechtsf. Th. 1. n. 25.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 140 n. 6.) Mittermaier, a. a. O.) s. a. bay. Verordn. v. 3ten Juli 1803., 6ten Juli 1813. Pr. LR. Th. 2. tit. 16. §. 71. Das Gegentheil nehmen jedoch an Danz, (Handb. B. 2. S. 89.) s. a. Hessendarmst. Verordn. v. 8ten Juni 1821. §. 20. Badisches Gesetz v. 17ten Nov. 1820.

Anmerk. Das Graben des Bernsteins in Südpreußen ist kein Regal. Pr. Rescript v. 17ten April 1805. (Neues Archiv d. Pr. R. B. 4. S. 31.)

§. 464. (M. §. 299.)

Die Entschädigung, welche Grundeigenthümer, auf deren Grund und Boden eine Schacht angelegt wird, verlangen können, kommt nicht dem Nießbraucher, sondern dem Eigenthümer zu.

1) Der Eigenthümer, auf dessen Grund und Boden eine Schacht eingeschlagen wird, erleidet den Schaden und nicht der Nießbraucher.

2) Wenn durch die Abtretung eines Theils des Grundstückes die Revenüen des Nießbrauchers verringert werden, so kann er von dem Eigenthümer, der ihm den Nießbrauch eingeräumt hat, Entschädigung fordern, sich aber nicht an das Vergütungsquantum halten, was der Bergberechtigte dem Eigenthümer geben muß, weil dieß ein Surrogat des abgetretenen Theiles des Terrains ist.

3) Wird ein jährliches Entschädigungsquantum gegeben, so würde der Nießbraucher alsdann einen Anspruch auf dieses zu machen berechtigt seyn, wenn die Entschädigung zu der Zeit eingetreten, da er schon den Nießbrauch hatte, indem er blos auf die Revenüen Ansprüche machen kann, welche die Sache jetzt gewährt.

Diese Bestimmungen finden unter andern alsdann Anwendung, wenn ein Theil der Pfarrländereien zum Behuf des Bergbaues abgetreten worden. w)

w) Bemerkungen hierüber von der Pr. Regierungs = Deputation von 3ten Mai 1797 und die Entscheidung der preußisch. Gesetzcommission v. 13ten Jan. 1798. in Stengels Beitr. B. 6. S. 178. Mathis, Monatsschrift. B. 1. S. 83.

§. 465. (M. §. 302.)

Eigenlehner ist richtiger als Eigenlöhner.

Eigenlöhner würde derjenige seyn, der sich selbst seinen Lohn giebt. Eigenlehner ist aber derjenige, welcher allein belehnt wird, und die Grube für sich baut. Vor dem 14ten Jahrh. findet man keine Gewerke, sondern der Bergbau wurde blos von Eigenlehnern betrieben. Wahrscheinlich nahmen diese in der Folge Gehülfen oder Gesellen an, mit denen sie in nähere Verbindung traten, so daß die Eigenlehner und Gesellen ihre Zeche gemeinschaftlich bauten. Dabei blieb es in der Folge auch und man unterschied nicht mehr zwischen Eigenlehner und Gesellen; dieses giebt auch die natürliche Auflösung der Frage: warum nach dem Bergrecht eine Lehnschaft nur aus acht Eigenlehnern bestehen darf.

Hiermit stimmt überein: Reppmann, (Quaest. iur. metallici sax. Lpz. 1802. §. 4.) Hübner, (Bibliothek kleine, jurist. Schriften B. 3. Heft 3. n. 85.) Die Meisten aber schreiben Eigenlöhner, als: Runde, (deutsch. PR. §. 169.)

§. 466. (M. §. 303.)

Das Wort Kux kommt von dem böhmischen Wort Kus.

Das böhmische Wort Kus heißt so viel als Theil; sonst wurde Kukus geschrieben, indem man sich gern der

lateinischen Endigung bediente. Daß diese Ableitung weit richtiger als die von caniculus ist, kann man wohl annehmen, indem letztere ganz unpassend; auch ist es dem Sprachgebrauch gemäß, indem es nicht heißt: sie sey ins Loch, cuniculus, gefallen, sondern in Kux gefallen.

Die Bergwerke, welche von mehrern gebaut, werden in gewisse intellectuelle Theile getheilt und niemals wird dem Bergwerksmiteigenthümer ein materieller Theil angewiesen.

Die bei den gemeinen Leuten vorkommende Redensart in Kus, soll heißen Juks, gehen, kann hier nicht in Betracht kommen. Juks heißt so viel als Sentina, Sortes. Auch ist es ganz unrichtig, wenn das Wort abgeleitet wird von gucken, kuksen.

Jene Meinung vertheidigen: Biedermann, (a. a. O. S. 16.) diese, daß es aus dem lateinischen herkommt, Reppmann, (a. a. O. S. 21. §. 4.) s. a. Wenck, (de dominio partium p. 17.)

§. 467. (M. §. 303.)

Bei der Gewerkschaft entscheidet der Regel nach die Stimmenmehrheit.

Eine Gewerkschaft macht keine Gemeinheit, sondern eine Gesellschaft, bei welcher überhaupt die Mehrheit der Stimmen gilt. (L. 3. C. q. bon. ced. L. 8. 10. C. de pact.) Sie werden nicht nach der Kopfzahl, sondern nach den Antheilen berechnet, welche die Interessenten haben.

Zur Abfassung eines Gemeindeschlusses wird die Mehrheit der Stimmen erfordert, welches Regel ist, doch giebt es auch Fälle, wo die Einstimmigkeit gesetzlich nothwendig ist, nämlich im Allgemeinen in allen Fällen, wo von den Rechten der Einzelnen die Rede ist; sonach kann auch durch die Mehrheit der Stimmen nicht bestimmt werden, daß zwei Gewerkschaften in eine vereinigt werden sollen, daß von einem Gewerkschaftsvergleich eine Zeche ausgeschlossen seyn soll, und zwar darum

1) weil den einzelnen Gewerken nur an ihren Kuxen als mit intelleetuellen Theilen, nicht aber an den physi-

schen Theilen der Zeche ein Eigenthum pro indiviso zukommt.

2) die Zeche eine wahre untheilbare Sache in physischer Rücksicht ist; (res naturalis indivisa.)

3) die einzelnen Gewerke als Inhaber der Kuxe nur Rechte an der gewonnenen Ausbeute haben;

4) die Zeche und Beistücke in einem gemeinschaftlichen Eigenthume aller sich befinden.

5) das Grabeneigenthum nicht mehrern, sondern allen als einer einzelnen Person zusteht.

Hiermit stimmen überein: Pufendorf, (Observ. T. III ob. 3. 149.) Reppmann, (a. a. O. §. 5.) Hübner, (a. a. O. S. 389.) Hacke, (Commentar über das Bergrecht. Sulzbach 1823. S. 167. 169.) Mittermaier, (a. a. O.) Andere dagegen nehmen das Gegentheil an: Schmidt, (de origine et iurib. societ. metallic. Gewerkschaft. Leipz. 1778. S. 22.)

§. 468. (M. §. 303.)

Der Eigenthümer des Grund und Bodens, worauf eingeschlagen wird, um Bergwerksschätze zu finden, kann vollständigen Schadenersatz verlangen, und braucht sich nicht mit den Erbkux abfinden zu lassen.

1) Jeder Eigenthümer ist verbunden, zu dulden, daß auf seinem Grund und Boden geschärft werde. (Lobethan, Einl. zum Bergrecht §. 22. Runde, a. a. O. §. 166.) es ist eine Art von servitus necessaria.

2) Die Parömie: es hat Jeder ein freies Schärfen, Eisenhart, (Grundſ. des d. Rechts in Sprüchwörtern. S. 218.) kann nicht dahin erklärt werden, daß der Eigenthümer des Bodens keine Entschädigung fordern kann; denn ein Jeder, der einem Andern einen Schaden zufügt, ist verbunden, ihn zu entschädigen.

3) Selbst der Staat ist zur Entschädigung verbunden, und es kann der für denselben zu erwartende Vortheil die Verbindlichkeit die Unterthanen bei ihrem Eigenthum zu schützen, nicht aufheben, indem die beiden Bestimmungen:

für den Nutzen des gemeinen Wohls zu sorgen, und jede Privatperson bei ihrem Eigenthum zu schützen, sehr wohl neben einander bestehen können. (Neurath, Diss. de cognitione et potestate iudiciaria in causis, quae politiae nomine veniunt §. 12.) Auch kann ein jeder Unterthan, im Falle er sein Eigenthum zum Besten des Staats hinzugeben verbunden ist, vollständige Entschädigung verlangen.

4) Der Erbkux enthält keine vollständige Entschädigung, er erstreckt sich auf keine Stollen, sondern es wird blos davon ein Abtrag gegeben. (Cancrin, Gr. des d. Berg= und Salzrechts §. 73.)

5) Daraus, daß der Grundeigenthümer keine cautio de damno infecto fordern kann, folgt noch nicht, daß er auf eine Entschädigung Ansprüche zu machen außer Stande sey.

Das römische Recht setzt in L. 24. §. 12. L. 26. D. de dam. inf. einen Eigenthümer voraus, der auf seinem unbestrittenen Eigenthum baut oder gräbt, und eben deßhalb, weil er sich seines Rechts bedient, dem dadurch beschädigten Dritten den Schaden nicht zu ersetzen braucht. Dieß ist aber hier nicht der Fall.

Das römische Recht verbindet aber sogar den Eigenthümer, selbst den Schaden zu ersetzen, wenn er auf seinem Grundstück ungewöhnlich tief gegraben, und ein Anderer dadurch Schaden gelitten hat. Denn es heißt am Ende: L. 24. §. ult. D. de damno refecto: si tamen tam alte fodinam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio comittetur. (Brunnemann, Comment. ad P. P. II. p. 413.)

Hiermit stimmen überein: Hoppel, (Diss. de fodinis ac rearum iure min. C. 3. §. 9.) Stryck, (de iure princip. subterraneo C. 1.) Barthel, (de iure fodiendi metalla §. 2. n. 10. in opusc. T. I. p. 539.) Moser, (von der Landeshoheit in Ansehung der Erde, Wasser. K. 2. §. 18.) Cancrin, (Bergrecht §. 107.) Geiger u. Glück, (Rechtsfälle B. 2. n. XXXIII.) Mittermaier, (a. a. O.) Pr. LR. Th. 2. tit. 16. §. 112.

Die entgegengesetzte Meinung, daß er sich mit dem Erbkux begnügen müsse, vertheidigen unter Andern: Beyer, (Bergstaatsrecht mit Zusätzen v. Cancrin K. VIII. §. 11.)

§. 469a. (M. §. 306.)

Dem Bergwerksverliehenen steht ein eingeschränktes Eigenthumsrecht an dem Bergwerk zu.

1) Wenn gleich im Bergrecht von Verleihung, Muthung, Lehnsträgerschaft die Rede ist, so kann daraus noch nicht auf eine zwischen dem Verleiher und dem Beliehenen Bergwerklehnsverbindung geschlossen werden, indem diese Worte auch bei Gütern vorkommen, die keine Lehen sind.

2) Das dem Beliehenen zustehende Recht ist kein dominium utile des Lehnrechts, indem dem Beliehenen weder alle Rechte noch alle Verbindlichkeiten, welche einem Vasallen zustehen oder obliegen, zukommen. Er ist nicht zur Lehnstreue, noch zu gewissen Diensten verbunden, welche von den Lehnen zu leisten sind; auch ist kein dominium directum vorhanden, welches dem Verleiher zusteht.

3) Von der Aehnlichkeit eines Instituts läßt sich nicht auf das wirkliche Dasein schließen. Denn wenn gleich der Bergcontract mit dem emphyteutischen Aehnlichkeit hat, so wie die dem Bergwerksverliehenen zustehenden Rechte mit dem eines Emphyteuten, so sind doch beide wesentlich von einander unterschieden, sowohl in Ansehung des Gegenstandes, als in Hinsicht der Rechte selbst. In ersterer Hinsicht darum, indem dem Emphyteuten Grundstücke zur Kultur übergeben werden, welche gewöhnlich jährlich Früchte tragen, welches aber hier nicht ist, da bei noch so mühevoller Bearbeitung dennoch nicht immer Metalle herausgegraben werden können, diese sich auch nicht wie Früchte erzeugen; bei der Emphyteuse, bei sorgfältiger Bebauung, eine Vermehrung, hier aber bei solcher eine Abnutzung erfolgt. x)

x) Daher waren die Römer klug genug, ihre in Italien befindlichen Bergwerke liegen zu lassen, und die in Spanien zu bebauen, um jene in Zeit der Noth zu benutzen.

Wenn gleich bisweilen der Gegenstand der Emphyteuse Grundstücke seyn können, worauf nichts gebaut wird,

so ist dieß doch eine Ausnahme von der Regel und eine Abweichung von der ursprünglichen Einrichtung. In der zweiten Hinsicht, wegen der Rechte, findet man Aehnlichkeiten, nicht aber Gleichheit. Die Quatembergelder werden zwar zur Anerkennung des dem Verleiher an dem Bergwerk zustehenden Rechts entrichtet, sind aber nicht dem Kanon gleich; die Nichtentrichtung zieht den Verlust nach, aber in ganz andern Zeiträumen, als die sind, welche bei Entrichtung des Kanons festgesetzt. y)

y) Nach der sächsischen Bergordnung Art. 24. erfolgt der Verlust bei der Nichtentrichtung von vier Terminen. s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. 16. §. 105.

Bei der Uebertragung des Bergrechts wird kein Laudominium entrichtet, dagegen muß der Beliehene ganz andere Abgaben abtragen als der Erbzinsmann, als: Zehnden, Lade- und Wegegeld, den Schlagschatz u. s. w.

Wenn das Bergwerk, was geschehen kann, zum Lehen oder zur Emphyteuse gegeben wird, so finden freilich die Grundsätze von Lehnen und der Emphyteuse Anwendung.

4) Das Recht des Beliehenen besteht in einem wahren, aber eingeschränktem Eigenthumsrecht. Man darf nur die den Gewerben und Eigenlehnen zustehenden Rechte genauer betrachten, so wird jene Bestimmung gegründet seyn.

Die Gewerke haben Eigenthum an der Substanz der Gruben und Schachten, das denselben zustehende Verfügungsrecht ist allein landesgesetzlich und nicht von einem Obereigenthum beschränkt. Die einzelnen Gewerke haben ein gleiches Recht an ihren im Gegenbuch richtig eingetragenen Bergtheilen, und ein noch freieres Verfügungsrecht, als allen andern Privatpersonen zusteht, ohne noch die ihnen sonst zustehenden Vorrechte im Konkursfällen, wegen Schulden, Arresten u. s. w. zu erwähnen. Sie werden blos durch die oberaufsehende und gesetzgebende Gewalt des Staats beschränkt und verbunden, den Bergbau so zu betreiben, daß der gemeine Nutzen durch nicht blos zeitigen Flor desselben befördert, und das Wohl der Gewerke recht

sicher

sicher gestellt werde. Denn allein deßhalb hängt die Einrichtung des Bergbaues fast ganz von der Leitung des Oberbergamts und der landesherrlichen Bergbeamten ab, doch immer so, daß die Gewerke mit ihren etwanigen gegründeten und bei der Behörde angebrachten Gegenvorstellungen gehört werden.

Hiermit stimmen überein: Struben, (rechtl. Bedenken B. 4. S. 85.) Mähler, (Ueber die Frage: ob den Bergwerksverwandten an ihren Bergwerken ein sogenanntes dominium utile, oder was sonst für ein Recht, und welche vorzüglichen Befugnisse dem Landesherrn und obersten Bergherrn der Verleihung ohnerachtet zusteht? 1785.) Döring, (Diss. de differentiis nonullis iuris feudalis emphyteutici et metallici hodierni, cum metall. fodin. Marb. 1785.) Reppmann, (Praes. Hübner, Quaestionum iuris metallici Sax. biga. Lpz. 1802.) Hübner u. Tittmann, (Bibliothek kleiner jurist. Schriften B. 3. Heft 3. S. 387.) Biedermann, (a. a. O. S. 8.) Runde, (Gr. des d. PR. §. 168.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere sind dagegen der Meinung, daß dem Beliehenen ein emphyteutisches oder Lehnrecht zusteht. J. F. Eisenhart, (de regali metallici fodinarum iur. C. IV. §. 6. 7. 8.) Horn, (iurisprud. feud. Cap. IX. §. 23. 29.) E. L. A. Eisenhart, (Anmerk. zum deutsch. Recht in Sprüchwörtern. S. 219.)

§. 469. b. (M. §. 306. n. VII.)

Der Nießbraucher an Bergtheilen hat blos Ansprüche auf den Ertrag der Ausbeute.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage: ob dem Nießbraucher der Bergtheile die Ausbeute oder nur die Revenuen von dieser zuständig sey? sind sehr getheilt.

Einige, als: Cocceji, (ius controversum tit. de usufr. Q. 12.) unterscheiden, ob die Bergwerke schon auf dem fundo, welcher zum Nießbrauch eingeräumt ist, vor-

handen sind, oder ob er sie erst angelegt hat; in dem erstern Falle soll er sie zu seinem Vortheil bearbeiten und sich die Ausbeute auch der Substanz nach zueignen können, in Gemäßheit der L. 7. §. 14. D. de sol. mat. Si cretifodinae, argenti fodinae vel auri vel cuius alterius materiae sint, vel arenae, utique in fructu habeantur. L. 9. §. 2. 3. D. de usufr.

Andere: Voet, (Comment. ad P. Lit. VII. tit. 1. §. 24.) Westphal, (Theorie des r. R. von Testamenten §. 659.) Malblanc, (Doctr. Pand. §. 423.) unterscheiden, ob das Metall nachwächst oder nicht; im erstern Falle sprechen sie dem Nießbraucher die Ausbeute selbst, im letztern blos die Zinsen zu.

Noch Andere nehmen diesen Unterschied blos bei Steingruben an, bei Metallgruben aber gestatten sie die Ausbeute dem Nießbraucher. Endlich sind Einige der Meinung, als: Noodt, (de usufr. Lib. I. c. 6.) Leyser, (Med. ad Pand. Sp. C. VI. medit. 6. Vol. 2. p. 27.) Hahn, (ad Weissenbec ad tit. D. de usufr. n. V.) Struv, (Synt. iur. civ. Exerc. XII. th. 15.) Zeiller, (de usufr. part. met. Lpz. 1744.) Eisenhart, (de regal. metalli fodinarum iure Cap. IV. §. 17.) Meyer, (bergrechtl. Beob. S. 3.) Glück, (Comment. z. d. Pand. Th. 9. S. 208.) daß ohne Unterschied dem Usufructuar die Ausbeute zukomme, indem sie zu den Früchten gehöre, die Gesetze nicht unterscheiden und nach der Bemerkung der Naturforscher alle Metalle nach wachsen. (Crell, chemische Annalen B. 1. S. 264. von Trebra, Erfahrungen vom Innern der Gebirge. Dessau u. Leipz. 1785. 3 Brief.)

Noch Andere, als: Kästner, (Prog. de usufr. partium met. Lpz. 1742.) Hellfeld, (iurispr. for. §. 633. n. g.) Triller, (Diss. syst. observ. nonullas ex iure metallico depromtas Vol. 1791. n. 5. p. 14) Hacke, (Comment. über das Bergrecht mit steter Rücksicht auf die vornehmsten Bergord. Salzb. 1823. S. 275.) Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 200.) Mittermaier, (a. a. O.) sind der Meinung, daß der Nießbraucher blos

auf die Zinsen der Ausbeute Ansprüche machen könne, weil der eigentliche Gegenstand des Nießbrauchs an den Bergtheilen blos in den Einkünften von denselben bestehe, da der Nießbraucher keinen Anspruch auf die Substanz habe. Diese Meinung ist darum die richtigere, weil es factisch gewiß ist, daß Metalle nicht wachsen, sonach nicht als fructus anzusehen sind. So verschieden die Meinungen der Rechtsgelehrten, so verschieden sind auch die Bestimmungen der particulairen Gesetze.

Nach der Const. elect. 25. P. III. kommen dem Nießbraucher blos die Revenuen aus den Bergtheilen zu. (v. Berger, oecon. iur. Lib. II. tit. 3 Jh. 19. not. 6.) Wegen der Privatblaufarbenwerkantheile beruft sich zwar Köhler, (Versuch einer Anleitung zu den Rechten und Verfassungen bei dem Bergbau in Chursachsen. S. 210.) auf ein Rescript v. 4. Jul. 1772. sollte aber hierunter das in Corp. Const. Aug. II. 163. abgedruckte verstanden werden, so betrifft dieß blos das Verfahren, und kann nicht zum Beweise des Gegentheils dienen.

Im Code Napoleon art. 1403. heißt es:

Les coupes de bois et les produits des carrieres et mines tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considére comme usufruit.

Si les carrieres et mines ont eté ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la communautè a celui des époux, a qui elle pourrâ être due. (Lebrun, de la communauté Liv. 1. ch. 5. sec. 2. dist. 2. Pothier, traite de la communauté Part. 2. sect. 1. §. 3. 97.)

Im Preuß. LR. heißt es in Th. 1. tit. 21. §. 37. Bei solchen unterirdischen Erzeugnissen, welche zu den Regalien gerechnet werden, gehört dem Nießbraucher blos die Nutzung der auf das Eigenthumsantheil fallenden Ausbeute. Nun gehören aber nach Th. 2. tit. 16. §. 69. alle Fossilien, woraus Metalle und Halbmetalle gewonnen werden können, in Ermangelung von Provincialgesetzen ausschließlich zum Bergregal; desgleichen Edelsteine und an-

dere Steinarten, mit Ausnahme von Marmor, Porphyr, Granit und Basalt, Serpentinstein, Kalk, Gips, Sandstein, Torf, Thon, Lehm, Mergel, Walker, Umbra, Oker und andere Farbeerden, in sofern aus letzteren keine Metalle und Halbmetalle gewonnen werden können. (§. 73.) Andere unterirdische Producte, welche zu den Regalien nicht gerechnet werden, sind dem Rechte des Nießbrauchers in der Regel unterworfen. (Th. 1. tit. 21. §. 39.)

In dem Entwurf des neuen baierischen Civilgesetzbuches (v. 1811 blos lithographirt) wird zum Codex Maximil. Th. 2. Cap. 9. §. 4. 328. der Zusatz gemacht: „ihm (nämlich dem Usufructuar) gehört auch die mit Beobachtung der Bergwerksordnung erhaltene reine Ausbeute und das forstmäßig geschlagene Holz.“

§. 470.[a] (M. §. 307.)

Der Schichtmeister ist nicht als Syndicus, sondern als Factor anzusehen.

1) Die Rechte des Schichtmeisters gründen sich auf den Vollmachtsvertrag, er ist daher als Bevollmächtigter der Gewerkschaft anzusehen; der Umfang seiner Befugnisse gründet sich auf die Lex praepositionis und auf die Bergordnungen.

2) Der ist als procurator singularis anzusehen, dem alle Grubenangelegenheiten übertragen sind. Er schließt im Namen des Gewerkes unter Aufsicht der Geschwornen die Contracte mit den Arbeitern und über angeschüttete Bergmaterialien mit den Verkäufern; er erhebt die Gelder, welche zum Betrieb der Zeche angewandt werden sollen, verkauft die Producte der Grube, ingleichen die unbrauchbaren Inventarienstücke für die von dem Bergamt angesetzten Preise, in sofern das Gewerk nicht selbst darüber verfügt. Er bezahlt von den Gewerkegeldern diejenigen Ausgaben, welche das Bergamt genehmigt, desgleichen diejenigen Gebühren, wozu die Gewerke aus der Beleihung verpflichtet sind.

3) Dagegen ist er nicht berechtigt, auf das Eigenthum gewerkschaftlicher Felder u. s. w. zu verzichten, Schulden auf die Grube zu machen. Ohneracht̃et er Bevollmächtigter des Gewerkes ist, so kann er doch nicht für dasselbe in Gerichten auftreten, Vergleiche schließen u. s. w. hierzu ist eine Special-Vollmacht nothwendig.

4) Da die Gewerke keine Gemeinderechte haben, so kann der Schichtmeister auch nicht als Syndicus angesehen werden.

Hiermit stimmen überein: Hedler, (Diss. de curatore fodinarum, Schichtmeister. Vit. 1750.) Reppmann, (a. a. O. K. 2. §. 1.) Das Gegentheil behauptet Klügel, (Progr. de transactione in causa metallici imprimis venarum. Vitemb. 1798. p. 8.)

§. 470.b (M. §. 308.)

Der Gewerkschaft steht die Befugniß zu, den, welcher in Rückstand wegen der Zubuße geblieben, anstatt ihn zu caduciren, auf die Bezahlung der rückständigen Zubuße gerichtlich zu belangen.

Daß der Gewerkschaft die Befugniß zustehe, den, welcher in Rückstand wegen der ordnungsmäßig ausgeschriebenen Zubuße geblieben, von der Zeche auszuschließen und ihn seiner Kuxe für verlustig zu erklären, ihn zu caduciren, ist in den meisten Bergordnungen *) bestimmt, und von den Rechtsgelehrten als richtig angenommen. **) Ob aber anstatt der Caducität die Gewerkschaft gegen einen solchen auf die Bezahlung der rückständigen Zubuße gerichtlich klagen könne, ist meistentheils mit Stillschweigen übergangen.

*) Bayr. Bergordn. von 1784. Art. 34. (Wagner, corpus iur. metallici p. 356.) Pr. LR. Th. 2. tit. 16. §. 280.

**) Danz, (Handb. Th. 2. S. 119.) Hake, (Comm. über das Bergrecht S. 339) Eichhorn, (Einl. §. 275.) Mittermaier, (a. a. O. §. 308.)

Nur bei Eigenlehnerzechen wird wohl bemerkt, daß, wenn die aufgenommenen Gesellen mit ihren Beiträgen in Rückstand geblieben, eine Klage auf deren Berichtigung

aus dem Gesellenvertrage statt hat. Hacke, (a. a. O. §. 555) Zur Verneinung obiger Frage werden folgende Gründe angeführt:

1) eine Gewerkschaft sey eine wahre Actiengesellschaft, worin die Stämme und Kuxe des Einzelnen die Actien bilden, über deren Belauf hinaus derselbe weder seinen Genossen noch einem Dritten zu irgend etwas verhaftet sey.

2) In den Bergrechten werde blos das Caduciren, keineswegs aber eine Klage auf rückständige Zubuße erwähnt; mithin sey es als ein bergmännisches Herkommen zu betrachten, daß der Gewerke nie persönlich in Anspruch genommen werden könne, nachdem er sich seines Rechts am Bergwerk entäußert habe.

Allein diese Gründe sind ohne Gewicht. Denn wenn

1) gleich nicht in Abrede zu stellen ist, daß die Gewerkschaft mit einer Actiengesellschaft Aehnlichkeit hat, indem die ganze Zeche gewöhnlich in eine gewisse gleiche Zahl von Antheilen, die man auch wohl Actien nennt, eingetheilt ist, und diese Antheile den Maaßstab für die Zubuße und Ausbeute abgeben, so charakterisirt dieses sie noch nicht zu einer Actiengesellschaft, welche nur zum Betrag der Actie haftet.

Eine Gewerkschaft kann deßhalb nicht als eine Actiengesellschaft angesehen werden, weil zum Betrieb des Bergbaues wenigstens Auslagen erforderlich sind, welche von dem Eigenthümer aus seinem übrigen Vermögen gemacht werden müssen, und weil eine unbestimmte, nach den jedesmaligen Bedürfnissen sich richtende Verpflichtung der Genossen besteht, das für solche Auslagen erforderliche Geld zusammen zu bringen, und gerade deßhalb, weil dieser Verpflichtung der Genossen im Voraus eine bestimmte Grenze gesetzt wird, kann der Gewerke sich dieser hintendrein nicht eigenmächtig dadurch entziehen, daß er sich mit dem Abbau von aller weitern Verpflichtung befreien will.

Der Natur der Sache nach ist das Gegentheil anzunehmen. Die von der Gewerkschaft angestellten Bergleute und Arbeiter müssen nothwendig bezahlt werden; will nun

ein Gewerke nicht mehr contribuiren, so besitzt er das einfache Mittel, seinen Kux ins Freie fallen zu lassen. Unterläßt er dieses, so erklärt er ja stillschweigend, in der Gemeinschaft bleiben zu wollen, und sonach muß er auch den Nachtheil mit übernehmen.

Ein allgemeines Herkommen läßt sich nicht nachweisen, eben so wenig eine Uebereinstimmung der Bergordnungen. Wenn diese bestimmen, daß ein Genosse, der im Rückstand der Zubuße geblieben, seines Rechts verlustig erklärt werden soll, so folgt ja daraus noch nicht, daß dem Gewerke nicht gestattet seyn soll, wegen der rückständigen Zubuße Klage zu erheben. Wollte der säumige Gewerke ferner in Gemeinschaft bleiben, so ließe sich nicht absehen, welche Einrede er einer solchen Klage entgegensetzen wollte; hatte er einen Theil bezahlt, und dadurch zu erkennen gegeben, in der Gemeinschaft bleiben zu wollen, so würde er, wenn er auch nachher seinen Kux verlieren wollte, auf den Rest der Zubuße in rechtlichen Anspruch genommen werden können.

Auch giebt es einige Bergordnungen, in welchen ausdrücklich bestimmt ist, daß nach dem Abbau der Gewerkschaft dennoch eine Klage auf die rückständige Zubuße gegen den Gewerken statt haben soll; s. Pfalzzweibrückische vom Jahr 1514. churpfalzische Bergordnung von 31sten Juli 1781.

3) Nach Grundsätzen des gemeinen Rechts kann sich der Besitzer dinglicher Rechte an der Sache nur von künftigen Verpflichtungen im Betreff derselben, nicht von bereits eingetretenen durch Verzichtleistung auf solche Rechte entledigen. Hieraus ergiebt sich, daß gegen den ausgetretenen Gewerken eine Klage auf die rückständige Zubuße für vollkommen statthaft geachtet werden muß, wenn nicht Gesetz oder Herkommen entgegenstehen; s. Heiße und Cropp, Abh. B. 1. n. 22. von der Einklagung rückständiger Zubußen nach dem Abbau.

§. 471. (M. §. 311. 312.)

Das Salz gehört nicht zu den Regalien.

Das Recht auf Salzquellen und Steinsalz ist:

1) nach dem römischen Recht wohl zu den Rechten des Staats gezählt worden; vom Jahr 548 der Erb. R. an, wurde eine Abgabe auf das Salz gelegt, (annonae salariae) von welcher Abgabe die Stadt frei blieb, welche aber die Bürger auf dem Lande bezahlen mußten, (Liv. 29. 37.) allein die Privateigenthümer wurden nicht in der Benutzung des Salzes gestört. (L. 17. D. V. 5. L. 4. §. 7. D. de censib.)

2) In Deutschland ist es von den ältesten Zeiten an so gehalten worden:

a) die deutschen Könige maßten sich nie als solche die Salzquellen an, überließen vielmehr jedem Privaten den freien Gebrauch derselben auf seinem Grund und Boden, und betrieben blos die auf ihren Kammergütern befindlichen entweder selbst, oder verschenkten, verpachteten solche an Andere, oder gaben sie zu Lehn. Daher kommt es, daß ihrer in Schenkungs- und andern Urkunden so oft gedacht wird. Pfeffinger, (ad Vitriarium T. III. p. 1444.) So verlieh, um nur einige Beispiele anzuführen: Henrich IV., (dipl. a. 1064 bei Lünig, Reichsarchiv P. spec. Continuatio II. p. 761.) dem Pfalzgraf Friedrich das Recht der Salzkoktur in der Stadt Salza, welche dem Pfalzgrafen erb- und eigenthümlich gehörte. Friedrich I. (dipl. a. 1156. bei Hund, Metrop. Salisb. T. II. p. 122.) gab der Probstei Berchtesgaden ein Salzprivilegium in Ansehung aller Besitzungen desselben. Friedrich II. Dipl. a. 1216 und 1226 bei Schöttgen und Kreysig dipl. et script. hist. germ. med. aevi T. II. p. 588) belieh den Grafen Poppo von Hamburg mit dem Salzwerke in seinem Lande. Ebenderselbe, (Dipl. 1218 bei Hund, a. a. O. Th. 1. S. 320.) gab dem Stifte Brixen das Salzprivilegium.

Wollte man aber daraus auf die Regalität des Salzes schließen, so müßte man wüste Plätze, Sümpfe u.

s. w. auch zu den Regalen zählen. Daß schon vor der goldnen Bulle das Salz nicht zu den Regalien gezählt wurde, sondern als Zubehör der Grundstücke betrachtet und als ein den Privaten zustehendes Recht, ergeben mehrere Urkunden, von welchen hier blos folgende anzuführen sind. Ein Graf Otto, (Schöttgen und Kreyßig, dipl. et script. T. I. p. 44.), schenkte der Abtei Fulda ein Salzwerk mit gewissen Gütern in der Wetterau. Ercanperath, Gutsbesitzer in Saalgau (Dipl. a. 723. bei Shannat Trad. Jul. p. 137.) schenkte der Abtei Fulda zwei Salzwerke mit Ländereien. Der König Ludwig, (Dipl. a. 845. bei Schaden, annal. Paderborn. p. 133.) schenkte dem Stift Corvey ein Gut, zu dessen Zubehör auch Salinen gehörten. Der König Arnulf, (Dipl. a. 898. bei Meichelbeck, hist. frisig. T. I. p. 147.) versprach dem Stift Freisingen, das auf den Grundstücken desselben gewonnene Salz zollfrei verfahren zu lassen. K. Otto, (Dipl. a. 958. bei Schöttgen und Kreyßig T. I. p. 18.) bestätigte einen Tausch, welchen die Abtei Fulda mit dem Grafen Rudolf, wegen eines Guts in Brachau, wo Salz gekocht wurde, eingegangen hatte. In einer Schenkungsurkunde (Dipl. a. 1064. bei Guden Cod. dipl. T. I. p. 24.) des Stifts Mainz an Heinrich IV., wonach Letzterm mehrere Güter in der Wetterau geschenkt worden, werden die Salzquellen als Zubehör der Güter erwähnt.

Aus diesem Allen ergiebt sich, daß zu damaliger Zeit die Salzquellen nicht als Regal angesehen wurden.

2) Weder durch ein allgemeines Reichsgesetz, noch durch ein entgegenstehendes Herkommen ist das Gegentheil zu erweisen; die Rechtsbücher des Mittelalters und andere Gesetze schweigen hierüber ganz.

Um das Gegentheil zu beweisen, beruft man sich auf II. F. 56., in welchem der Salzwerke mit den Worten piscationum reditus et salinarum erwähnt wird. Allein abgesehen davon, daß diese Constitutio für Deutschland unverbindlich ist (§. 413.) so geht diese Bestimmung blos auf die Salzquellen, welche sich auf den Staatsgütern befanden, zum wenigsten deuten jene Worte blos auf die dem

Regenten, vermöge der Staatsgewalt, zustehenden Steuern und Abgaben von Salzwerken, nicht aber auf die Salzwerke selbst.

b) In der Aurea bulla C. IX. §. 1. heißt es: Praesenti constitutione — declaramus — quod successores nostri Bohoemiae reges nec non Principes — universas auri et argenti fodinas atque mineras stanni, cupri, plumbi, ferri et alterius cuiuscunque generis metalli, ac etiam salis tam inventas, quam inveniendas in posterum — tenere iuste possint, et legitime possidere, cum omnibus iuribus. — Aus dieser Stelle soll sich nun ergeben, daß das Salz wirklich Regal sey. Allein schon aus der angehängten Klausel; prout possunt etc. ersieht man, daß Städte und Privatpersonen von dem Besitz dieses Rechts nicht ausgeschlossen seyn sollen: dann würde man diese Stelle blos auf Steinsalz beziehen können, wie sich aus den Worten mineras stanni — ac etiam salis ergiebt. Es würde aber gegen die Geschichte der Entstehung der ältesten und berühmtesten Salzwerke in Deutschland anstoßen, wenn man diese Stelle auf ein allgemeines Regal der Salzquellen beziehen wollte.

3) Daß nach den neuern Rechten das Salzrecht nicht zu den Regalien zu zählen ist, ergiebt sich aus den Bestimmungen der deutschen Bundesacte Art. 14. und aus den meisten particulairen Gesetzen. Bair. Verfurk. Beil. 4. §. 3. u. a. Der Privatmann hat sonach die Vermuthung, daß die Salzquelle oder das Steinsalz zu seinen Eigenthumsrechten gehöre, und die Regalität muß sonach erwiesen werden.

Hiermit stimmen überein: Einsiedel, (de regalibus c. 3. p. 332. p. 571.) Jung, (de iure salinarum tum veteri tum hodierno. Goett. 1743.) Danz, (Handb. d. d. PR. Th. 2. §. 176.) Pütter, (Beitrag z. d. Staats- u. Fürstenrecht Th. 1. S. 207.) Mittermaier, (a. a. O.) In mehreren Landesgesetzen ist die Regalität aber bestimmt. Wegen Sachsen s. Römer, (Staatsrecht von Sachsen B. 2. S. 683.) Da nach dem Wiener Frieden v. 18. Mai 1815. alle Salzquellen an Preußen abgetreten sind, so kann die Regalität blos auf die neu zu entdeckenden

Salzquellen bezogen werden. (Haubold, Sächs. Privatrecht §. 258.) Wegen Baiern, (Kreitmaier, Anmerk. z. Cod. Max. P. 2. C. 1. §. 7. n. 4.) Wegen Baden, 7tes Organisationsedict v. 1807. §. 27. 28. v. Nassau, Verordnungssamml. 1. S. 337. Nach dem Pr. LR. Th. 2. tit. 16. §. 69. gehören alle Fossilien, woraus Metalle und Halbmetalle gewonnen werden können, in Ermangelung besonderer Provinzialgesetze, ausschließend zum Bergwerksregal – §. 71. Alle Salzquellen mit den Salzen vorzüglich Steinsalz. —

Andere dagegen behaupten überhaupt die Regalität: Ludewig, (Erläutr. der goldnen Bulle B. 1. S. 834.) Lyncker, (de iur. miner. th. 29.) Staudacher, (de regali miner. iur. p. 97.) Bauße, (Inst. iur. metal. p. 55.) Wenck, (de dom. part. met. p. 5. in not.) sie berufen sich auf die oben angeführten Gesetze II. F. 56. u. gold. Bulle; Ludewig bemerkt noch, daß deßhalb das Salz zu den Regalien gezählt worden sey, weil es bei den Deutschen das einzige Gewürtz gewesen, und dem gemeinen Wohle sehr daran gelegen, daß die Salzquellen dem Landesherrn gehörten, damit der gemeine Unterthan sich des Genusses derselben nicht zur Unterdrückung Anderer gebrauchen mögte.

Noch Andere unterscheiden zwischen Salzquellen und Steinsalz, und sind der Meinung, daß blos letzteres zu den Regalien gehöre. Limneus, (ad tit. 9. aur. bul. observ. 17. n. 1. 2. p. 349.) Einige sind der Meinung, daß nur die als Regal zu betrachten seyen, welche sich auf den Staatsgütern befinden. Tabor (Part. 3. de metat. C. 3. art. 2. p. 252.) sagt: illud antem plusquam absurdum est, reditus salinarum privatarum ad solum principis fiscum pertinere, omnino autem distinguendum inter salinas in publico et in privatis fundis repertas. Illae in monarchico statu principis sunt, hae subditorum.